

ŒUVRES

DE

R.-J. POTHIER.

TRAITÉS DES RETRAITS. — DU CONTRAT DE BAIL A RENTE. — DU CONTRAT DE CONSTITUTION DE RENTE. — DU CONTRAT DE CHANGE. — DU CONTRAT DE LOUAGE. — DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ. — DES CHEPTELS.

BRUXELLES. — IMPRIMERIE DE ODE ET WODON,
BOULEVARD DE WATERLOO, N° 34.

ŒUVRES

DE

R.-J. POTHIER,

CONTENANT

LES TRAITES DU DROIT FRANÇAIS,

NOUVELLE ÉDITION,

MISE EN MEILLEUR ORDRE ET CONFORME A CELLE PUBLIÉE

PAR M. DUPIN AINÉ,

AVOCAT A LA COUR ROYALE DE PARIS;

AUGMENTÉE D'UNE DISSERTATION SUR LA VIE ET LES OUVRAGES DE CE CÉLÈBRE JURISCONSULTE, ET D'UNE TABLE ALPHABÉTIQUE, ANALYTIQUE ET RAISONNÉE DES MATIÈRES DU DROIT CIVIL FRANÇAIS CONTENUES DANS LES OEUVRES DE POTHIER, PAR LE MÊME.

TOME SECOND.





A BRUXELLES,

CHEZ H. TARLIER, LIBRAIRE-EDITEUR,

RUE DE LA MONTAGNE, N° 51.

MDCCCXXXI.

TRAITÉ DES RETRAITS.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

Le Traité des retraits est une suite et une appendice de celui du contrat de vente, puisque c'est le contrat de vente qui donne ouverture au retrait.

1. Le droit de retrait n'est autre chose que le droit de prendre le marché d'un autre, et de se rendre acheteur à sa place.

Il ne tend pas à rescinder et détruire le contrat, mais à subroger, en tous les droits résultans du contrat, la personne du retrayant à celle de l'acheteur sur qui le retrait est exercé.

Il y a trois espèces principales de retraits : le lignager, le seigneurial ou féodal, et le conventionnel. Nous traiterons principalement du lignager dans la première partie de ce Traité : nous dirons quelque chose des deux autres dans la seconde.

2. Il y a quelques autres espèces de retraits, tel que celui que quelques Coutumes accordent aux copropriétaires par indivis d'une chose, lorsque l'un d'entre eux vend sa part indivise à un étranger.

Cette espèce de retrait a eu lieu quelque temps chez les Romains, suivant qu'il paraît par la loi 14, *Cod. de contrah. empt.*, qui l'a abrogé.

Nous n'en traiterons pas, l'objet que nous nous sommes proposé dans nos Traités étant borné à exposer le droit commun, et surtout celui qui s'observe dans les Coutumes de Paris et d'Orléans.

PREMIÈRE PARTIE.

Du retrait lignager.

3. Le droit de retrait lignager est le droit, que la loi accorde aux parens du vendeur d'un héritage, lorsqu'il est vendu à un étranger, de s'en rendre acheteurs à sa place, et en conséquence de l'obliger à le leur délaisser, à la charge de le rembourser et indemniser du prix, et de tout ce qu'il lui en a coûté pour l'acquisition.

Il est appelé *retrait lignager*, parce que la loi l'accorde aux lignagers, c'est-à-dire aux parens de la ligne ou famille dont l'héritage est avenu au vendeur.

Nous distribuerons cette matière en treize chapitres. Dans le premier, nous traiterons des lois qui ont établi le droit de retrait lignager; de la nature de ce droit, et de l'attention qu'ont eue les lois pour qu'il ne reçût aucune atteinte. Nous parlerons, dans le second, de la nature de l'action qui naît du droit de retrait lignager; dans le troisième, des choses qui sont ou ne sont pas susceptibles du retrait lignager; dans le quatrième, des contrats et actes qui donnent ou ne donnent pas ouverture à ce retrait; et nous examinerons de quand ils y donnent ouverture; dans le cinquième, nous verrons à qui le retrait est accordé, par qui, et sur qui il peut être

exercé; dans le sixième, comment il doit être exercé, et s'il peut l'être pour partie de ce qui est compris au marché; dans le septième, nous verrons dans quel temps le retrait doit s'exercer. Nous traiterons, dans le huitième, de la forme dans laquelle il doit s'exercer; dans le neuvième, des obligations du retrayant, lorsque le retrait a été reconnu ou adjugé; dans le dixième, de celles de l'acquéreur qui a reconnu le retrait, ou sur qui il a été adjugé; dans le onzième, de l'effet du retrait lignager exécuté; dans le douzième, des manières dont le droit de retrait lignager s'éteint; dans le treizième, nous traiterons du retrait de mi-denier.

CHAPITRE PREMIER.

Des lois qui ont établi le droit de retrait lignager, de la nature de ce droit, et de l'attention des lois à ce qu'il n'y soit donné aucune atteinte.

§ I. DES LOIS QUI ONT ÉTABLI LE DROIT DE RETRAIT LIGNAGER.

4. Le retrait lignager ne nous est pas venu du droit romain. Il est vrai qu'il avait été établi dans l'empire par une constitution dont on ne connaît pas l'auteur, et que Jacques Godefroy, *ad l.* 6, *Cod. Theod. de contrah. empt.*, pense être de Constantin, ou de quelqu'un de ses enfans; mais cette constitution a été abrogée par une constitution des empereurs Valentinien et Théodose, rapportée en la loi 6, ci-dessus citée du code Théodosien, et en la loi 14, *dict. tit.*, du code de Justinien.

Le retrait lignager est donc de pur droit français. Presque toutes nos Coutumes traitent de ce droit : il est même établi par quelques Coutumes particulières des provinces régies par le droit écrit, telles que celles de Bordeaux, Acqs, etc. La Coutume locale de la châtellenie d'Issoudun, et un très petit nombre d'autres Coutumes locales, l'ont rejeté.

5. Henri III, par son édit du mois de novembre 1581, avait ordonné que le droit de retrait lignager aurait lieu dans tout le royaume, même dans les pays régis par le droit écrit, et que l'année, accordée pour l'intenter, ne courrait que du jour de la notification du contrat, qui serait faite au greffe des notifications; et, par une déclaration du mois suivant, il avait créé par tous les siéges royaux des offices de greffier de ces notifications.

Il paraît que cet édit n'a pas été exécuté, même dans le ressort du Parlement de Paris, où il a été enregistré; car Automne, *ad l.* 14, *Cod. de contrah. empt.*, rapporte un arrêt confirmatif d'une sentence du siége de Mont-Brison, du 16 janvier 1609, qui a jugé que le retrait lignager n'avait pas lieu dans les pays régis par le droit écrit. Bretonnier sur Henrys, *t.* 1, *p.* 168, atteste aussi que le retrait lignager n'est pas en usage dans le Lyonnais, Forez et Beaujolais; mais qu'il a lieu dans le Maconnais et dans la partie de l'Auvergne qui est régie par le droit écrit. Cet édit a passé pour un édit bursal, donné pour faire valoir la vente de ces offices de greffier des notifications.

6. Le droit de retrait lignager a son fondement dans l'attachement qu'avaient nos pères aux biens qui leur étaient venus de leurs ancêtres. C'est cet attachement qui a fait naître plusieurs de nos lois coutumières, dont la fin principale est de conserver ces biens dans les familles, telles que sont celles qui restreignent la faculté de disposer de ces biens par testament, et même, dans quelques provinces, par donation entre vifs; celles qui en attribuent la succession aux parens de la famille dont ils sont provenus, à l'exclusion des plus proches parens du défunt, qui ne seraient pas de cette famille.

7. Ces lois coutumières, qui ont établi le retrait lignager, ayant pour objet de leur disposition les héritages ou autres immeubles qu'ils assujettissent au retrait lignager, lorsqu'ils sont vendus à un étranger de la famille, elles sont par conséquent de la classe de celles qu'on appelle *statuts réels*. Il est de la nature de ces statuts réels, qu'ils n'exercent leur empire que sur les héritages ou autres immeubles qui sont situés ou réputés situés dans l'étendue de leur territoire, et qu'ils l'exercent par rapport à quelques personnes que ce soit, quoique domiciliées hors du territoire; *Introduction générale à la Coutume d'Orléans*, *n.* 22.

De là il suit, 1° qu'il n'y a que les héritages ou autres immeubles qui sont situés ou réputés situés dans une province, dont les lois admettent le retrait lignager, qui soient sujets à ce

retrait, et qu'ils y sont sujets, quand même le vendeur et l'acquéreur auraient leur domicile en quelques provinces du droit écrit, qui n'admet pas le retrait; *Tiraqueau.*

De là il suit 2° que c'est la Coutume où l'héritage est situé, qui doit régler tout ce qui concerne le retrait lignager de cet héritage; *putà*, quelles sont les personnes qui y sont appelées, dans quel ordre; quels sont les titres qui y donnent ouverture; dans quel temps et sous quelles conditions il doit être exercé, etc.

§ II. DE LA NATURE DU DROIT DE RETRAIT LIGNAGER, ET QU'IL N'EST PAS PERMIS D'Y DONNER ATTEINTE.

8. Le droit de retrait lignager est un droit, que les parens lignagers du vendeur ne tiennent que de la pure grâce et du pur bénéfice de la loi municipale, qui le leur a accordé dans la vue de perpétuer les biens dans les familles. En cela, il diffère du retrait féodal et du retrait conventionnel, qui proviennent d'un droit retenu dans la chose, lorsqu'elle a été inféodée ou aliénée sous cette charge expresse ou implicite. De cette différence, il en résulte d'autres que nous remarquerons dans la suite de ce traité.

9. Le droit de retrait lignager étant une pure grâce, que la loi n'accorde aux lignagers du vendeur que pour conserver l'héritage dans la famille, c'est une conséquence que ces lignagers ne peuvent le céder à un étranger.

10. Le droit de retrait étant un droit, que la famille du vendeur tient uniquement de la loi qui le lui a accordé, elle n'en peut être privée par aucune clause du contrat de vente. C'est pourquoi, s'il était porté, par le contrat, que le vendeur vend un tel héritage, à la charge *qu'il ne pourra être retiré par sa famille, à laquelle il interdit le retrait, dérogeant à cet effet à la Coutume*, il n'est pas douteux qu'une telle clause serait nulle, le vendeur ne pouvant pas priver sa famille d'un droit qu'elle ne tient pas de lui, mais de la loi.

11. Par la même raison, si l'acheteur déclarait, par le contrat, qu'il entend que l'héritage par lui acquis, quelque long temps qu'il demeure par la suite dans sa famille, ne soit pas sujet au droit de retrait lignager, lorsqu'il plaira à celui de ses descendans, qui s'en trouvera en possession, de l'aliéner hors de la famille, une telle déclaration serait de nul effet; c'est le cas de cette règle de droit : *Privatorum conventio juri publico non derogat; l.* 45, § 1, ff. *de Reg. J.*

12. Non seulement les clauses, qui rejetteraient directement et expressément le droit de retrait, sont nulles; il en est de même de celles qui y donneraient indirectement atteinte, et n'auraient d'autre objet que de l'éluder.

On demande, à ce sujet, si la clause, dans un contrat de vente, par laquelle on est convenu, qu'en cas de retrait, la vente serait nulle, est valable. Tiraqueau et Grimaudet décident qu'elle est valable, s'il n'y a fraude, c'est-à-dire pourvu que l'intention des parties ait été que le vendeur, dans le cas d'une demande en retrait, rentrerait dans l'héritage afin de le garder pour lui, et non pas dans le dessein de le rendre un jour à l'acquéreur; mais Mathéus, *de afflictis*, décide au contraire que cette clause est nulle, comme n'ayant d'autre objet que d'empêcher le droit de retrait, et de s'opposer à la loi qui l'accorde. Son opinion, qui est suivie par Dussaut, sur les Usances de Saintes, et par Vaslin, sur la Coutume de la Rochelle, me paraît raisonnable.

13. Quelques auteurs portent si loin la règle qu'on ne peut donner aucune atteinte au droit de retrait, qu'ils regardent comme nulle la clause, par laquelle le vendeur se serait fait fort, envers l'acheteur, que sa famille n'exercerait pas le retrait, et se serait soumis à une peine au cas qu'il fût exercé. C'est l'avis des annotateurs de Duplessis, qui citent, pour leur opinion, un arrêt rapporté par Charondas. Mais je ne vois pas pourquoi cette clause serait nulle. Cette clause ne donne aucune atteinte au droit de retrait qu'a la famille : elle n'empêche pas les parens d'exercer le retrait. Quoique le vendeur, en promettant que sa famille n'exercera pas le retrait, promette une chose qui n'est pas en son pouvoir, il ne laisse pas de contracter, par cette clause, une obligation valable; de même que le vendeur, qui se fait fort que le propriétaire de la chose consentira à la vente, contracte une obligation valable, quoique ce consentement ne soit pas en son pouvoir. Pour qu'une obligation soit valable, il suffit que le fait, qui en est l'objet, soit un fait possible en soi, quoiqu'il ne soit pas au pouvoir de celui qui a contracté l'obligation : Voyez *notre Traité des obligations*, *n.* 136.

14. Non seulement les clauses, qui tendent à donner atteinte au droit de retrait lignager, sont nulles, mais les Coutumes, pour assurer ce droit aux familles, se sont appliquées à la recherche des fraudes, qui pourraient être concertées entre le vendeur et l'acheteur, pour en exclure les lignagers, ou pour le leur rendre plus onéreux qu'il ne doit être, et ont prononcé des peines contre ces fraudes.

Ces fraudes consistent, ou à déguiser le contrat de vente, que les parties ont eu intention de faire, sous la fausse apparence d'un autre contrat, ou à tenir le contrat caché pendant le

temps accordé pour exercer le retrait, en à faire paraître le prix et les conditions du marché plus onéreuses qu'elles ne sont, pour détourner la famille d'exercer le retrait.

Nous avons un exemple de l'application des Coutumes à rechercher ces fraudes, dans l'*article* 386 de notre Coutume d'Orléans.

Plusieurs Coutumes ont prononcé des peines sévères contre ces fraudes; celle de Tours, *art.* 173 *et* 174, punit par amende la fraude de l'acquéreur qui a nié faussement avoir acquis; et elle veut, qu'au profit du lignager, il soit déchu de la restitution du prix. Elle punit pareillement par amende la fraude de l'acheteur, qui a dit avoir acheté plus cher qu'il n'avait acquis, et elle le condamne à restituer au double au retrayant ce qu'il a reçu de lui de trop par cette fraude. Celle du Loduneis, *titre des Retraits, art.* 16, a même disposition; elle punit aussi, par la restitution du double des deniers indûment reçus, la fraude de l'acquéreur, qui a fait paraître un prix plus fort que celui qui a été convenu; celle de Château-Neuf punit toutes les fraudes par la confiscation du prix au profit du seigneur, en la justice duquel la fraude est avérée, etc.

Les lignagers sont admis à la preuve, même testimoniale, de ces fraudes; ils peuvent aussi déférer le serment à l'acquéreur, sur la sincérité du contrat.

15. Tout ceci sert à décider la question, autrefois si agitée entre les anciens docteurs, si le droit de retrait lignager est un droit favorable ou un droit odieux. Il faut décider qu'il est favorable. Sa fin, qui est celle de conserver les héritages dans les familles, est une fin qui, suivant nos anciennes mœurs, est extrêmement favorable. L'attention, que les Coutumes ont eue à rechercher et à punir les fraudes, par lesquelles on pourrait donner atteinte à ce droit, est encore une preuve de la faveur de ce droit; mais, quoique favorable, il est en même temps rigoureux, parce que, comme il gêne la liberté naturelle de vendre et d'acheter, la loi ne l'a accordé que sous certaines conditions, qu'elle veut être observées dans la dernière rigueur: mais, pourvu que les lignagers y satisfassent, la loi leur accorde toute sa protection, pour les faire jouir de leur droit.

16. Ce n'est pas seulement dans le for extérieur qu'il est défendu de donner atteinte au droit de retrait lignager; il n'est pas douteux que, dans le for de la conscience, le vendeur et l'acheteur se rendent coupables d'injustice, lorsqu'ils pratiquent quelqu'une de ces fraudes ci-dessus rapportées: car, le droit de retrait lignager étant un droit très légitime, qui appartient à la famille du vendeur, et qu'elle tient de la loi, on ne peut l'en priver sans blesser ce premier précepte de la loi naturelle, qui ordonne de rendre à chacun ce qui lui appartient: *Juris præcepta sunt hæc.... suum cuique tribuere; Instit* § 3, *tit. de justitiâ et jur.*

L'injustice consistant à priver, par cette fraude, les lignagers d'exercer le retrait sur le contrat de vente qui leur a été déguisé ou caché, la réparation de cette injustice doit consister à leur restituer ce pouvoir. L'acheteur peut faire cette restitution, en les avertissant de sa fraude, et en leur promettant de passer contrat de vente de l'héritage par lui acquis, à celui d'entre eux qui, dans l'année, depuis cet avertissement, se présentera le premier pour l'acheter au prix et aux mêmes conditions qu'il aurait eu droit d'en exercer le retrait, si le contrat n'avait pas été déguisé ou caché. Il peut leur donner cet avertissement, ou en allant les trouver, ou par quelque acte public qui puisse parvenir à la connaissance de toute la famille. Observez que la vente, que l'acheteur fera, en ce cas, à un lignager, devant donner lieu à un nouveau profit, et à des loyaux coûts, auxquels il n'eût pas été sujet, s'il n'eût pas été empêché, par la fraude de l'acheteur, d'exercer le retrait, ce lignager doit, en récompense, être déchargé envers l'acheteur de la restitution du profit dû pour la première vente, et de celle des loyaux coûts.

CHAPITRE II.

De la nature de l'action de retrait lignager.

17. Du droit de retrait lignager, lorsqu'il y a ouverture à ce droit, naît l'action de retrait lignager. Cette action est *personnelle réelle*. Elle est personnelle; car elle naît de l'obligation, que l'acheteur étranger contracte, en acquérant, de délaisser l'héritage qu'on lui vend, à celui de la famille du vendeur qui voudra prendre le marché aux conditions portées par la Coutume.

C'est la loi municipale qui forme cette obligation en la personne de l'acheteur; c'est pourquoi cette action est du nombre de celles qu'on appelle *condictio ex lege*.

Elle est *personnelle réelle*; car la loi, en formant cette obligation en la personne de l'ache-

teur étranger, affecte, en même temps, l'héritage par lui acquis, à l'accomplissement de cette obligation. La propriété de cet héritage ne lui est transférée que sous la charge du retrait, et il ne peut, par conséquent, le transférer à d'autres que sous cette charge, suivant cette règle : *Nemo plus juris ad alium transferre potest, quàm ipse haberet*; *l.* 54, ff. *de Reg. J.* C'est pourquoi cette action, tant que le temps du retrait dure, peut être intentée par les lignagers, non seulement contre celui, qui a acheté de leur parent, mais contre ceux à qui l'héritage a pu passer depuis, et qui s'en trouvent en possession.

18. L'action de retrait lignager, surtout dans les Coutumes, qui, comme celles de Paris et d'Orléans, accordent le retrait lignager à celui de la famille qui est le plus diligent, tient de la nature de celles qu'on appelle chez les Romains, *populares actiones*. Cette action, avant qu'elle soit intentée, n'appartient à aucune personne déterminée de la famille du vendeur, mais plutôt à la famille indéterminément; ce n'est qu'en l'intentant, que celui de la famille, qui est le plus diligent, s'approprie cette action, *jure quodam occupationis*.

19. L'action de retrait lignager n'est pas transmissible aux héritiers du lignager, avant qu'il l'ait intentée : car le droit de retrait lignager est accordé à la qualité de *lignager*, qui est une qualité personnelle. Cela surtout doit avoir lieu dans nos Coutumes de Paris et d'Orléans, qui accordent le droit de retrait plutôt à la famille indéterminément, qu'à aucun de la famille déterminément; car, suivant ce principe, l'action de retrait n'est pas encore *in bonis* d'aucun particulier de la famille, jusqu'à ce qu'il se la soit appropriée en l'intentant et en prévenant les autres lignagers, et par conséquent il ne peut la transmettre.

20. Mais lorsque le lignager a intenté la demande, son action de retrait lignager devient transmissible à ses héritiers, qui, en cette qualité, peuvent reprendre, en sa place, l'instance de retrait lignager, suivant cette règle de droit : *Omnes actiones quæ morte aut tempore pereunt, semel inclusæ judicio, salvæ permanent*; *l.* 139, ff. *de Reg. J.*

21. Cette action passe, dans la succession du parent qui l'a intentée, à ses héritiers aux propres de la ligne d'où l'héritage procède, suivant qu'il résulte de l'article 139 de la Coutume de Paris, et de l'article 385 de celle d'Orléans; car c'est *jure hujus familiæ*, qu'elle lui a été acquise.

S'il ne se trouvait aucun parent de cette ligne, qui acceptât la succession aux propres du défunt qui est mort après avoir intenté l'action du retrait lignager, cette action appartiendrait à ses héritiers aux acquêts, quoique étrangers de cette ligne, qui pourraient la reprendre en leur qualité d'héritiers de ce parent; car cette action, par la demande qu'il a formée, est devenue *in bonis* de ce parent, et a passé dans sa succession.

Il est vrai qu'elle y passe comme un propre; mais, suivant le droit commun, à défaut d'héritiers de la ligne, qui veuillent accepter la succession aux propres, l'héritier aux acquêts, quoique étranger, succède aux propres, comme à tous les autres biens du défunt.

Il en serait autrement si la succession aux propres avait été acceptée par des héritiers de la ligne, quoique ces héritiers refusassent de reprendre l'action de retrait : l'héritier aux acquêts n'aurait pas le droit de la reprendre à leur refus; car, en ce cas, ce n'est pas l'héritier aux acquêts qui y a succédé, ce sont les héritiers aux propres, et ils sont les maîtres de ne pas user de leur droit.

On m'a fait cette objection : quoiqu'il y ait un héritier aux propres, à son refus, l'héritier aux acquêts succède à l'héritage retiré par retrait lignager, faute par cet héritier aux propres de le rembourser, dans l'année, du prix qu'il a coûté au défunt : donc pareillement l'héritier doit succéder à l'action de retrait lignager intentée par le défunt, quoiqu'il y ait un héritier aux propres, lorsque l'héritier aux propres refuse d'exercer cette action. Je réponds qu'il y a une très grande différence entre les deux cas. L'héritage, retiré par retrait lignager, est proprement un acquêt du défunt qui en a exercé le retrait, quoiqu'il tienne aussi quelque chose de la qualité de propre : le défunt en était propriétaire à titre d'achat, le retrait l'en ayant rendu acheteur à la place de celui sur qui il a exercé le retrait : c'est le contrat de vente de cet héritage qui est son titre, et la cause prochaine et immédiate de son acquisition; son droit de retrait lignager, qui lui a seulement donné la préférence sur l'acheteur étranger, n'est que *causa remota*. C'est pourquoi l'héritier aux acquêts en est l'héritier naturel, et doit y succéder, lorsque l'héritier aux propres ne satisfait pas à la condition, sous laquelle la succession lui en était déférée. Il n'en est pas de même de l'action de retrait lignager que le défunt a intentée : cette action est un propre du défunt, qui ne tient rien de la qualité d'acquêt; ce n'est *nec pretio, nec merito, nec dono fortunæ*, mais c'est *solo jure sanguinis et familiæ*, que le défunt en était propriétaire : la succession de cette action est déférée absolument et sans aucune condition à l'héritier aux propres de la ligne d'où cette action procède. C'est pourquoi, lorsqu'il y a un héritier de cette ligne, qui a accepté la suc-

cession, l'héritier aux acquêts, qui n'en est pas, n'y peut pas succéder.

22. Quoique l'action de retrait lignager devienne *in bonis* du retrayant, par la demande qu'il forme, néanmoins il ne peut pas, même depuis cette demande, la céder à un étranger. La raison est, qu'il est censé, en ce cas, n'avoir pas acquis cette action; car le retrait n'étant accordé, aux lignagers du vendeur, que pour conserver l'héritage à la famille, l'action de retrait ne peut être acquise au lignager par la demande qu'il en forme, qu'autant qu'il la forme dans la vue de la Coutume, pour conserver l'héritage à la famille; et il ne ne peut paraître la former dans cette vue, qu'autant qu'il la forme pour son compte, ou pour le compte de quelqu'un de la famille; mais, lorsqu'après avoir intenté la demande, il cède son droit à un étranger, il est présumé n'avoir fait que prêter son nom à cet étranger, et n'avoir pas donné la demande dans la vue de la Coutume, et par conséquent n'avoir point acquis le droit de retrait en la donnant.

23. Dans les Coutumes, qui défèrent le retrait lignager aux parens du vendeur, selon l'ordre du degré de parenté dont ils le touchent, le parent le plus prochain ne peut pas, au préjudice de ceux du degré suivant, céder son droit à un parent plus éloigné; et, si ceux du degré suivant veulent exercer le retrait, ils doivent être préférés à ce cessionnaire; *Grimoudet*, 1, 6.

24. Ces décisions n'ont pas lieu vis-à-vis des successeurs universels; c'est pourquoi, je pense que, le lignager étant mort pendant le cours de l'instance de retrait, son légataire universel, quoique étranger, peut reprendre l'instance, sauf les réserves coutumières de l'héritier aux propres. Quelques auteurs, néanmoins, ont prétendu que cette action, quoique intentée, ne passait point à un héritier testamentaire étranger, ni, par la même raison, à un légataire universel étranger, quoiqu'elle passe à un héritier *ab intestat* étranger. Ils se fondent sur ce qu'il est décidé que celui, à qui un heritage a été légué, à la charge qu'il ne l'aliénerait pas hors de la famille, pouvait bien le transmettre, dans sa succession, à un héritier *ab intestat*, quoique étranger, *l.* 77, § 28, *de legat*. 2°, mais non à un héritier testamentaire étranger. Je nie la conséquence. La raison de différence est, que, lorsqu'une fois le lignager a exercé de bonne foi, pour son compte, le droit de retrait, il n'y a aucune loi qui lui défende d'aliéner l'héritage hors de la famille. La loi veut seulement que les lignagers exercent le retrait pour leur compte, et qu'ils ne servent pas de prête-nom à des étrangers pour l'exercer. Il y a lieu à la présomption qu'un lignager n'est qu'un prê[illegible] et qu'il n'avait pas intention d'exercer l[illegible] pour son compte, lorsqu'après l'avoir intent[illegible] il en fait cession à titre singulier à un étranger: mais il ne résulte aucune présomption de fraude de ce que cette action se trouve passer à un étranger dans sa succession testamentaire, ou dans un legs universel.

25. L'action de retrait lignager ayant pour objet l'héritage vendu, qui est une chose divisible, soit en parties réelles, soit au moins en parties intellectuelles, est une action divisible; *Traité des obligations*, n. 288.

C'est pourquoi, si plusieurs ont acheté ensemble un héritage, chacun n'est tenu de cette action que pour la part divisée ou indivisée qu'il y a. Cela a lieu, quand même ils auraient acheté solidairement.

Mais, en ce cas, le retrayant doit, pour l'indemnité de celui des acheteurs sur qui il exerce le retrait, lui rapporter quittance ou décharge du vendeur, du total du prix auquel cet acheteur est obligé; sauf au retrayant à répéter, contre les autres acheteurs, sur lesquels il ne juge pas à propos d'exercer le retrait, la part dont ils sont tenus de ce prix.

Pareillement, lorsque l'acheteur a laissé plusieurs héritiers, chacun d'eux n'est tenu de cette action que pour la part à laquelle il a succédé à l'héritage.

26. Néanmoins, comme l'action de retrait lignager n'est pas simplement personnelle, mais personnelle réelle, *et in rem scripta*, et qu'elle suit le possesseur; si l'un de ces acheteurs, ou de ces cohéritiers, se trouvait possesseur de l'héritage pour le total, il serait tenu de l'action de retrait pour le total.

Vice versâ, si le lignager, après avoir intenté l'action, meurt et laisse plusieurs héritiers, chacun de ces héritiers ne succède à l'action, et n'a droit, en sa qualité d'héritier, de reprendre l'instance, que pour la part dont il est héritier: mais l'acquéreur peut, s'il le juge à propos, l'obliger à retirer le tout, parce que autrement cet acquéreur, qui n'aurait pas voulu acquérir s'il n'eût cru avoir le total, ne serait pas indemne.

Au reste, il n'est pas douteux que, si cet héritier était lui-même de la famille, et qu'il fût encore dans l'année du retrait, il pourrait, au lieu de reprendre, en sa qualité d'héritier, la demande donnée par le défunt, qu'il ne peut reprendre que pour sa part, donner de son chef une nouvelle demande pour le total. Mais si les cohéritiers voulaient reprendre la demande donnée par le défunt, il n'est pas douteux que cette demande, qui a la priorité, l'emporterait sur celle qu'il aurait donnée de son chef.

CHAPITRE III.

Des choses qui sont sujettes au retrait lignager.

27. La plupart des Coutumes, en accordant le retrait à la famille du vendeur, s'expriment en ces termes : *Quand aucun a vendu son héritage.* Ce sont les termes de la Coutume de Paris, *art.* 129; de la Coutume d'Orléans, *art.* 369, etc. Il n'y a donc, suivant le droit le plus commun, que les héritages qui soient sujets au retrait lignager, et il n'y a que ceux qui sont propres. Nous verrons, 1° quelles sont les choses qui sont réputées, ou non, héritages, à l'effet d'être sujettes au retrait; 2° quels sont les héritages qui sont, dans cette matière, réputés héritages propres; 3° si les choses, qui ne sont pas par elles-mêmes sujettes au retrait, y deviennent sujettes lorsqu'elles sont vendues conjointement avec des choses qui y sont sujettes.

ARTICLE PREMIER.

Quelles sont les choses qui sont réputées, ou non, héritages, à l'effet d'être sujettes au retrait.

28. Le terme d'*héritage* ne comprend pas seulement les fonds de terre et maisons, soit de ville, soit de campagne; il comprend aussi les droits réels qu'on y a. C'est pourquoi, non seulement les héritages, dont nous avons un parfait domaine, sont sujets au retrait, mais même ceux dont nous n'avons qu'une espèce de seigneurie utile; car on ne peut disconvenir que ce droit de seigneurie utile ne soit au moins un droit réel, que nous avons dans ces héritages.

Cela a lieu, quand même ce droit de seigneurie utile n'aurait été accordé que pour un certain temps, après l'expiration duquel il dût se réunir à la directe. Il ne laisse pas d'être sujet au retrait, lorsqu'il est vendu par l'emphytéote ou seigneur utile, à qui ce droit appartient, et à qui il est venu de sa famille.

En vain dirait-on que la vue qu'ont les Coutumes, en accordant le retrait lignager, étant de perpétuer les héritages dans les familles, elle ne peut recevoir d'application à l'égard de cette espèce de droit, qui est de nature à ne pouvoir pas toujours durer dans la famille de l'emphytéote, devant en sortir nécessairement par l'expiration du temps du bail emphytéotique. La réponse est, que la vue des Coutumes est de conserver les biens dans les familles, sinon à toujours, au moins aussi long-temps qu'ils y peuvent être conservés. Notre décision est autorisée par l'article 149 de la Coutume de Paris, qui dit : *Baux à quatre-vingt-dix-neuf ans, ou longues années;* c'est-à-dire, les droits de seigneurie utile résultans desdits baux, *sont sujets au retrait,* lorsqu'ils sont vendus par les emphytéotes à qui ils appartiennent.

Ces termes de la Coutume, *à quatre-vingt-dix-neuf ans*, doivent s'entendre *non restrictivè*, mais *exempli causâ;* c'est pourquoi elle ajoute *ou longues années.* Lors donc que le bail emphytéotique est pour un temps, soit plus long, soit même plus court que le temps de quatre-vingt-dix-neuf ans, pourvu qu'il soit assez long, pour qu'on puisse dire que le bail est *à longues années,* le droit de seigneurie utile, qui en résulte, est sujet à retrait, lorsqu'il est vendu par l'emphytéote.

Quel temps faut-il pour qu'un bail soit fait à longues années, et que le droit, qui en résulte, soit retrayable? La Coutume de Normandie, *art.* 488, veut qu'il soit fait pour plus de trente ans; celle de Bretagne, *tit.* 16, *art.* 313, se contente qu'il excède neuf ans. Laquelle doit-on suivre dans les Coutumes qui ne s'en sont point expliquées? On peut dire, en faveur de la première, que l'idée d'un bail à longues années présente celle d'un bail fait pour un temps qui excède au moins celui d'une génération d'homme, et par conséquent celui de trente ans. On peut dire, au contraire, pour celle de Bretagne, que, dans les termes de droit, *decennium est longum tempus.* La prescription de bonne foi, qui résultait de la possession de dix ans d'un héritage, était appelée *præscriptio* LONGI TEMPORIS; et, dans nos usages, nous regardons comme baux à longues années tous ceux qui excèdent neuf ans.

29. La Coutume de Bretagne apporte une limitation fort équitable au droit de retrait de ces seigneuries utiles réversibles : elle veut que, pour que ces droits soient retrayables, il en reste au moins six ans de durée lorsqu'ils sont vendus; car l'intérêt de conserver à une famille un héritage, pour aussi peu de temps que quatre ou cinq ans, n'est pas assez important pour qu'il puisse donner lieu au retrait, et à troubler un acquéreur.

M. de Lamoignon, dans ses Arrêtés des retraits *art.* 19, voulait que le temps, qui reste à courir de l'emphytéose, excédât dix ans.

30. Le droit des engagistes est aussi sujet au retrait lignager. La Coutume de Paris, *art.* 148, en a une disposition. Il y est dit : *Loges, boutiques, étaux, places publiques achetées du roi et venans à succession, sont sujettes à retrait,* lorsqu'elles sont vendues par l'engagiste. La raison de dauter était la même qu'à l'égard des seigneuries utiles réversibles. Celui, qui tient à titre d'engagement, soit du roi, soit de l'Église, soit d'un particulier, quelque héritage, tels que sont ceux mentionnés audit article, n'en est pas le propriétaire. Le roi, l'Égliso, ou autre, qui les a engagés pour une certaine somme qu'il a reçue, en conserve toujours la propriété : il n'en accorde à l'engagiste qu'une espèce de seigneurie utile, semblable à celle qui résulte d'un bail à longues années, à cela près que celle-ci est accordée pour un temps certain et limité; au lieu que celle, qui est accordée à l'engagiste, lui est accordée pour un temps illimité, jusqu'à ce qu'on le rembourse de la somme pour laquelle l'héritage a été engagé. C'est pourquoi, lorsque l'engagiste vend l'héritage qu'il tient à titre d'engagement, ce n'est pas proprement cet héritage qu'il vend, c'est seulement le droit de seigneurie utile. La raison de décider est, de même que dans la question précédente, que ce droit de seigneurie utile, qu'il vend, est un droit réel dans l'héritage. Or les droits réels dans un héritage sont compris sous le terme général d'*héritage*, et sont sujets au retrait lignager, lorsqu'ils sont vendus par celui à qui ils étaient venus de famille.

31. Par la même raison, les droits de fief, de censive, de champart, même les simples droits de rente foncière, sont sujets au retrait lignager, lorsqu'ils sont vendus par celui à qui ils appartiennent, et à qui ils sont venus de famille : car, quoique ces droits soient proprement des choses incorporelles, ils sont néanmoins compris sous le terme d'*héritage*, parce que ce sont des droits dans des héritages. Les Coutumes de Paris et d'Orléans, pour lever tout le doute qu'il aurait pu y avoir à ce sujet, s'en sont expliquées. Les articles 129 de Paris, et 363 d'Orléans, disent : *Quand aucun a vendu son héritage en rente foncière, etc.*

32. Quoique le droit d'usufruit, qu'une personne a dans l'héritage d'autrui, soit un droit foncier, *jus in re*, un droit dans cet héritage; néanmoins lorsqu'un usufruitier vend son droit d'usufruit à un tiers, il n'y a pas lieu au retrait lignager, même dans les Coutumes où la vente des acquêts y donne lieu. La raison est que le droit d'usufruit étant un droit de servitude personnelle, un droit qui est attaché à la personne de l'usufruitier, et qui n'en peut être détaché; lorsqu'un usufruitier me vend son droit d'usufruit, c'est plutôt l'émolument de ce droit, que le droit même, qu'il me vend : il m'accorde le droit de recueillir en sa place les fruits, qu'il a droit de percevoir par lui ou par un autre, en vertu de son droit d'usufruit : mais ce droit d'usufruit, qui ne peut être détaché de sa personne, demeure par-devers lui (*Instit. de usufruc.*, § 4), et par conséquent, il ne sort pas hors de sa famille.

33. Lorsque c'est le propriétaire qui vend à quelqu'un, dans son héritage propre, un droit d'usufruit, il n'y a pas non plus lieu au retrait lignager. La Coutume de Paris, art. 147, en a une disposition précise; et cet article, qui a été formé sur la jurisprudence, et ajouté lors de la réformation, forme un droit commun, qui doit avoir lieu dans les Coutumes qui ne s'en sont pas expliquées. La raison est, que les Coutumes n'accordent le retrait à la famille du vendeur, que lorsqu'il met son héritage propre hors de la famille par la vente qu'il en fait; mais on ne peut pas dire que, par la vente et constitution qu'il fait d'un droit d'usufruit, il mette son héritage propre hors de la famille, puisqu'il en demeure le vrai propriétaire.

Observez, néanmoins, que si quelqu'un, après avoir vendu l'usufruit de son héritage propre, vendait ensuite à la même personne la propriété, il y aurait lieu au retrait lignager sur l'une et l'autre vente. Quelques Coutumes, comme Melun et Bourbonnais, en ont des dispositions. La raison est, qu'on présume, en ce cas, que l'intention des parties a été de ne faire qu'une seule vente de tout, et que c'est en fraude des lignagers, qu'on a fait paraître deux ventes. L'établissement de cette présomption est nécessaire, parce que, sans cela, il y aurait une voie ouverte de frauder les lignagers.

Il y a lieu à la même présomption, lorsqu'après avoir vendu mon héritage propre sous la réserve de l'usufruit, je vends l'usufruit à la même personne : il y a lieu au retrait sur les deux ventes.

Cette présomption de fraude a lieu, non seulement lorsque c'est à la même personne, à qui on avait vendu ci-devant l'usufruit, qu'on vend la propriété, *aut vice versâ;* elle a pareillement lieu, lorsque la vente est faite à d'autres, qui peuvent paraître être par elle interposées; comme si elle était faite à ses enfans, ou à ses père et mère, surtout si cette personne en était l'unique héritière. C'est l'avis de Vaslin.

34. Il faut, pour cette présomption de fraude, qu'il n'y ait pas un trop long intervalle de temps entre la vente de la propriété et celle de l'usu-

fruit faite à la même personne. Les uns veulent que, pour que la fraude puisse se présumer, il faut que la seconde vente intervienne dans l'année de la première : d'autres estiment qu'il suffit qu'elle intervienne dans les trois ans. Vaslin, sur la Rochelle, se contente qu'elle intervienne dans les cinq années. J'inclinerais pour la première opinion : on peut tirer argument de l'article 386 de la Coutume d'Orléans. Je ne crois pas, néanmoins, qu'on dût s'y attacher trop scrupuleusement, et je pense qu'on pourrait présumer la fraude, si la seconde vente intervenait peu de jours après l'année révolue; car il y a lieu de présumer, en ce cas, que ce n'est, que pour la couvrir, que l'on a attendu que l'année fût révolue.

Il est évident qu'on ne peut présumer de fraude, lorsque le légataire de la nue propriété a acheté de l'héritier l'usufruit.

35. Un droit de justice, quoique droit incorporel, néanmoins, par rapport au territoire qui en est le sujet, est aussi compris sous le terme d'*héritage*, et est sujet au retrait lignager.

Par la même raison, les dîmes inféodées sont comprises sous le terme d'*héritage*, parce que ce sont des droits qui s'exercent sur des héritages; et elles sont, en conséquence, susceptibles de la qualité de propre, et sujettes au retrait, lorsqu'elles sont vendues à un étranger.

Les auteurs, pour la plupart, ont coutume d'excepter le cas auquel elles auraient été vendues à l'Église. Voyez *le 24e Plaidoyer de feu M. le chancelier d'Aguesseau*, t. 11.

36. Les droits personnels, c'est-à-dire les créances que nous avons contre une personne qui s'est obligée à nous donner quelque chose, lorsque cette chose, qui fait l'objet desdites créances, est un héritage, sont aussi comprises sous le terme d'*héritage*, et sujettes au retrait lignager. Par exemple, si mon père a acheté un héritage, et est mort avant qu'il lui ait été livré, la créance, que j'ai contre le vendeur, pour me faire livrer cet héritage, est sujette au retrait lignager, si je la vends à un étranger; car, quoique cette créance ne soit, en elle-même, qu'un droit incorporel que j'ai contre la personne du vendeur, elle est considérée comme étant déjà par anticipation l'héritage même auquel elle doit se terminer : *Actio judicatur secundùm qualitatem rei ad quam competit;* Molin., *in Cons. Paris.*, § 20, *gl.* 3, *n.* 8. Il en est de même de l'action de réméré.

37. Quoique la vente de ces actions ne donne lieu au profit de ventes et au retrait féodal, que lorsque ces actions, par l'exercice que le cessionnaire en a fait, ont été converties dans l'héritage même; néanmoins, il y a lieu au retrait lignager de ces actions, même avant qu'elles aient été exercées par celui à qui ces actions ont été vendues. La raison de différence est, qu'il n'y a que la vente du fief même, qui donne ouverture au profit et au retrait féodal, et que l'action pour avoir ou pour recouvrer le fief n'est pas le fief, jusqu'à ce que, par l'exercice, cette action ait été convertie dans le fief même. Au contraire, la vente d'un droit réputé pour héritage, et qui est propre, suffit pour donner ouverture au retrait lignager. C'est l'avis de Tiraqueau, *art.* 1, *gl.* 7, *n.* 31; Arrêtés de Lamoignon, *art.* 30; Livon., *p.* 428; Annot. de Duplessis, *chap.* 6. Dumoulin établit cette différence entre le retrait lignager et le féodal, *in Cons. Par.*, § 20, *gl.* 4. *n.* 6.

38. Si l'on avait fait don à un tiers d'une action de réméré; comme ce don ne devient une aliénation à prix d'argent, que par l'exercice de l'action qui oblige le cessionnaire de débourser le prix; en ce cas, il n'y a que l'exercice de l'action qui donne ouverture au retrait. C'est ce qu'a remarqué fort judicieusement Vaslin, *dict. loc.*

39. Les rentes constituées, suivant le droit commun, ne sont pas sujettes au retrait lignager, même dans les Coutumes qui les réputent immeubles. Notre Coutume d'Orléans, qui les répute telles, *art.* 191 *et* 351, dit en l'article 399 : *Rentes constituées spécialement ou généralement ne sont sujettes au retrait.* La raison est, que le retrait n'a été établi qu'à l'égard des héritages : or une rente constituée n'est héritage sous aucun respect, n'étant ni un droit dans un héritage, ni un droit à un héritage. L'hypothèque, dont une rente est accompagnée, est bien un droit dans les héritages sujets à l'hypothèque; mais l'hypothèque n'est que l'accessoire de la rente, qui, en soi, n'est qu'un droit contre la personne, et qui ne tend qu'à avoir de l'argent, et non à avoir aucun héritage. Il est vrai que les rentes sont réputées immeubles; mais ce n'est que par une fiction qui ne doit pas avoir lieu dans la matière du retrait, qui est de rigueur.

Il y a néanmoins quelques Coutumes qui semblent assujettir au retrait lignager les rentes constituées; comme Sens, *art.* 32, qui dit qu'il y a lieu au retrait *quand aucun a propres héritages et choses immeubles, ou censées pour immeubles... et il les vend, etc.*

40. Les offices étant réputés immeubles, sont-ils sujets au retrait dans les Coutumes qui, comme Sens, assujettissent expressément au retrait *les choses censées immeubles?* Loyseau, *Traité des offices*, tient l'affirmative; et cette opinion a été confirmée par un arrêt du 22 février 1676, au quatrième tome du journal. Mais, hors de ces Coutumes, les offices, même domaniaux, ne sont sujets au retrait; *Arrêt cité par*

les annotateurs de Duplessis, pour un greffe. Dans les Coutumes où ils sont sujets au retrait, ce ne peut être que pendant que l'acheteur de l'office n'en a pas encore été pourvu. Lorsque l'acheteur a été une fois pourvu, il ne peut plus être sujet au retrait : tenant son office du roi, il ne peut plus en être dépossédé, et le sceau de ses provisions purge tous les droits que des tiers peuvent avoir par rapport à l'office.

41. Même dans ces Coutumes, les créances de somme d'argent, quoique immobilisées, par des stipulations de propre à l'un des futurs, et à ceux de son côté et ligne, portées par des contrats de mariage, ne sont pas sujettes au retrait; car les fictions résultantes des conventions, n'ayant d'effet que pour le cas pour lequel elles ont été faites, ces stipulations de propre ne peuvent faire regarder ces créances comme immeubles et comme propres pour le cas de retrait lignager, n'ayant point été faites pour ce cas.

42. Quelque précieux que soient les meubles, ils ne sont pas sujets au retrait lignager; *Ordonnance de la marine, t.* 10, *art.* 1.

43. Quoiqu'une universalité de meubles tienne quelque chose de la nature des immeubles, suivant cette règle, *Universitas mobilium sapit quid immobile*; néanmoins des droits successifs, lorsque la succession est toute mobilière, ne sont pas sujets au retrait lignager lorsqu'ils sont vendus. La Coutume de Sedan, qui les y assujettit, est exorbitante du droit commun.

Mais s'il y avait des héritages dans la succession dont les droits sont vendus à un étranger, il y aurait lieu au retrait pour ces héritages. Grimaudet, IV, 21, prétend même que les héritages attirent, en ce cas, les meubles, et que tout est sujet au retrait; ce que je ne crois pas.

Au contraire, la Coutume d'Auvergne dit indistinctement qu'il n'y a pas retrait en vente de succession. L'article 23 du titre 23 s'exprime ainsi : *En choses meubles, noms, dettes et actions, retenue n'a point lieu, ne aussi en condition de succession universelle.*

La vente de droits successifs étant sujette au retrait pour raison des immeubles de la succession, lorsque l'un des héritiers a vendu à un étranger ses droits successifs, ou le retrait s'exerce avant le partage, ou après. Lorsqu'il s'exerce après le partage, le retrait est des immeubles échus au lot de cet acquéreur étranger, à la charge du remboursement du prix de la cession, et des retours dont ledit lot serait chargé envers les autres lots, au prorata de ce que les immeubles compris audit lot en doivent porter; pourquoi ventilation doit être faite du prix desdits meubles sujets au retrait, et de celui des meubles compris audit lot, lesquels n'y sont pas sujets. Lorsque le retrait s'exerce avant le partage, on doit surseoir à y faire droit jusqu'après le partage, auquel partage le retrayant doit être appelé.

44. Quoique des bois, qui sont encore sur pied, et des fruits qui sont encore pendans par les racines sur mon héritage, en fassent partie; néanmoins la vente, que je fais de ces bois, à un marchand pour les abattre, de même que la vente, que je fais de ces fruits pendans par les racines, ne peut passer pour une vente d'*héritage*, qui puisse donner lieu au retrait lignager, parce que l'acheteur ne pouvant, par cette vente, devenir propriétaire de ces bois ou de ces fruits que je lui ai vendus, qu'après qu'il les aura séparés de la terre, et qu'ils seront devenus meubles, cette vente ne fait passer hors de ma famille que des meubles; elle n'est qu'une vente de meubles, qui ne peut donner lieu au retrait. La Coutume de Sens, *art.* 65, en a une disposition. La Coutume de Normandie s'est écartée de ces principes, et elle assujettit au retrait la vente d'un bois de haute futaie, quoique vendu pour être coupé, pourvu que, lors de la *clameur*, c'est-à-dire de la demande en retrait, il soit encore sur pied; mais cette disposition étant contre les principes généraux, ne doit pas avoir lieu hors du territoire. Par la même raison, on doit rejeter l'opinion de Lhoste, qui, dans son Commentaire sur la Coutume de Montargis, prétend que les héritiers présomptifs du vendeur doivent être admis au retrait d'une vente de futaie sur pied, en s'obligeant de ne la pas abattre; car, ou cette futaie est considérée comme devant être abattue, et, en ce cas, ce n'est que le vente d'un meuble, qui ne donne pas lieu au retrait; ou on la considère comme devant rester sur pied, et, en ce cas, ce n'est pas ce qui a été vendu, puisque ce n'est que la coupe qui devait s'en faire qui a été vendue; d'ailleurs, ce retrait contient une espèce d'attente de la succession du vendeur, qui est indécente et contraire aux bonnes mœurs.

45. Il y a lieu, dans cette espèce, aux mêmes présomptions de fraude que dans celle du *n.* 33, *suprà*. C'est pourquoi si, après la vente de la coupe de bois sur pied, ou des fruits pendans, en vendant, pendant que les bois ou les fruits sont sur pied, l'héritage à la même personne, ou à une autre qui peut paraître être par elle interposée, les deux ventes seraient censées n'en être qu'une, et il y aurait lieu au retrait, tant de l'héritage que des fruits.

ARTICLE II.

Quelle qualité doivent avoir les héritages pour être sujets au retrait lignager.

46. Le plus grand nombre des Coutumes s'ex-

pliquent sur la qualité de propre que doivent avoir les héritages dont elle accorde le retrait à la famille du vendeur : de ce nombre sont celles de Paris et d'Orléans.

Quelques Coutumes accordent, en termes exprès, à la famille du vendeur le retrait même des acquêts ; telle est celle de Normandie.

On fait cette question, dans les Coutumes qui ne disent pas si l'héritage doit être propre, et si le retrait a lieu même pour les acquêts : Les acquêts sont-ils sujets au retrait ? On peut dire pour la négative, que le grand nombre des Coutumes, qui n'accordent le retrait que des propres, paraissent former un droit commun qui doit être observé dans les Coutumes qui ne s'en sont pas expliquées. D'un autre côté, pour l'affirmative, on peut dire qu'on ne doit rien suppléer aux Coutumes ; qu'on ne doit pas, par conséquent, exiger que les héritages, dont elles accordent le retrait, soient des propres, lorsqu'il ne paraît pas, par le texte de la Coutume, qu'elle ait exigé qu'ils eussent cette qualité : c'est l'avis de Grimaudet. On doit, sur ces questions, s'informer de l'usage qui s'observe dans la province : *Optima legum interpres consuetudo.*

47. Dans cette matière de retrait lignager, le terme de *propre* a une signification bien plus étendue que dans les autres matières. On n'entend ordinairement par héritages propres que ceux qui nous sont advenus par succession directe ou collatérale, ou par donation de quelqu'un de nos ascendans. Ces donations étant réputées tenir lieu de la succession, ceux que nous tenons, à titre de donation ou de legs, d'autres que de nos ascendans, même ceux que nous tenons de nos ascendans à titre de vente, sont acquêts en notre personne, quoiqu'ils fussent propres en la personne de celui qui nous les a vendus ou donnés ; nous en pouvons disposer comme de tout autre acquêt, et c'est notre héritier aux acquêts qui y succède. Mais il en est autrement en matière de retrait lignager. Quand un héritage a une fois fait souche dans une famille, il continue d'être regardé comme un héritage propre, et sujet au retrait, lorsque je le revends, tant qu'il n'est pas sorti de famille, quoiqu'il soit passé à une personne de la famille à un titre qui fait des acquêts, comme lorsque je l'ai acheté d'un de mes parens. La Coutume de Paris, *art.* 123, en a une disposition précise ; elle dit : « *Si aucune personne acquiert un* héritage propre de son parent, du côté et ligne « dont il est parent, et il vend ledit héritage, « tel héritage chet en retrait. » La raison est que l'héritage ayant une fois fait souche dans la famille, et ayant été affecté, envers la famille, au droit de retrait lignager, lorsqu'il sortirait de la famille par vente ; il ne doit pas être au pouvoir de quelqu'un de la famille, en acquérant cet héritage, de dépouiller la famille de ce droit de retrait lignager qui lui a été acquis. C'est pourquoi, bien que cet héritage, quant à tout autre matière, devienne acquêt en la personne de ce parent, il demeure toujours sujet au droit de retrait lignager envers la famille, lorsque lui ou ses successeurs de la famille l'en feront sortir à titre de vente.

48. Il n'importe à quel titre j'ai acquis de mon parent un héritage propre. Lorsqu'il m'a été donné ou légué, de même que lorsque je l'ai acheté, il est sujet au retrait lignager quand je le vends. Le terme *acquiert*, dont se sert la Coutume de Paris en l'article ci-dessus cité, est un terme *général*, qui comprend tous les titres d'acquisition, la donation et les legs, aussi bien que l'achat ; et il y a même raison à l'égard de tous ces titres. La Coutume de Meaux confirme cette interprétation : après avoir dit en l'article 150 : *Le retrait y est tout seulement en héritages propres, et non pas ès acquêts ;* elle ajoute, *toutefois si père ou autre lignager* DONNE ou cède *ou* VEND *son héritage propre à un lignager, lequel, après le don ou revendication, le vend à aucun étranger, il chet en retrait, combien que ce soit acquêt.* Cela néanmoins a fait difficulté autrefois. Les annotateurs de Duplessis prétendent, au contraire, que l'article 133 de la Coutume de Paris n'a lieu que lorsqu'un lignager revend l'héritage, qui lui a été vendu par un de la famille, et non lorsqu'il vend un héritage qu'il a acquis, à la vérité, de son parent, mais à un titre qui n'était pas sujet au retrait, *putà*, à titre de donation ; et ils citent un arrêt de 1633 qui l'a ainsi jugé, lequel arrêt est rapporté par Brodeau sur Louet, *chap.* 2, *n.* 10. Voici le raisonnement sur lequel ils fondent cette distinction. Lorsqu'un parent vend un héritage propre de la famille à son parent, c'est un titre qui donne ouverture au retrait, et le retrait n'est, en ce cas, empêché que par la qualité de lignager qu'a l'acquéreur : dès que cet empêchement est ôté, le droit de retrait doit renaître. Mais lorsque c'est à titre de donation qu'un parent a acquis de son parent son héritage propre, ce n'est pas la qualité de la personne de l'acquéreur qui empêche le retrait, mais la nature du titre ; par conséquent le droit de retrait est perdu pour la famille pour toujours. Ce raisonnement ne vaut rien. Il n'est pas vrai que la vente faite à un parent ait donné ouverture au retrait, qui n'ait été empêché que par la qualité de l'acheteur, et qui doit renaître lorsque cet empêchement est ôté par la revente qu'en fait cet acheteur hors de la famille ; car lorsqu'il le revend, ce n'est pas sur la vente qui en a été faite que le droit de retrait a lieu, mais sur la seconde vente

qu'il fait. Il est donc indifférent quel ait été sen titre, puisque ce n'est pas ce titre, mais la seconde vente, qui donne euverture au retrait. C'est pourquoi, nonobstant l'avis des annetateurs, et l'arrêt par eux rapporté, il faut décider indistinctement, qu'il y a lieu au retrait, lorsque quelqu'un vend uo héritage ancien de sa famille, à quelque titre qu'il lui seit advenu. Aussi, depuis, en a jugé par arrêt du 21 mars 1713, rapporté au sixième teme du Journal des audiences, qu'il y avait lieu au retrait d'un héritage qui avait été denné au vendeur par sen parent collatéral; et c'est à cette dernière jurisprudence qu'il faut s'en tenir.

49. Cette dispositien de la Coutume de Paris, qui conserve à l'héritage, qui est devenu propre d'une famille et sujet au retrait, cette qualité tant qu'il demeure dans cette famille, et queiqu'il seit passé à quelqu'un de cette famille à un titre qui fait des acquêts, se trouve aussi dans quelques autres Coutumes, telles que Péronne, *art.* 253 *et* 254; Senlis, Melun, etc.

La jurisprudence des arrêts l'a étendue aux Coutumes qui ne s'en sont pas expliquées. Il a été jugé, par arrêt de 1738, rapporté dans nos notes sur l'*article* 379 de notre Coutume d'Orléans, qu'elle avait lieu dans notre Coutume d'Orléans, queiqu'elle ne se fût expliquée que sur le cas auquel l'héritage serait advenu à un lignager par un retrait qu'il aurait exercé, et qu'elle ne se seit pas expliquée sur celui auquel il l'aurait acheté directement de sen parent.

50. Un héritage, acquis pendant la continuatien de communauté entre un père et ses enfans, est, pour la part des enfans, un acquêt en la persenne de ses enfans.

51. Un héritage, qui était un pur acquêt en la personne du défunt, devient un héritage propre en la personne de son héritier, quand même il ne serait héritier que sous bénéfice d'inventaire. C'est peurquei, la vente, qui en est faite sur lui, est la vente d'un héritage propre, qui denne euverture au retrait.

52. Si la successien n'était pas acceptée, la vente de cet acquêt, qui serait faite sur un curateur à la succession vacante, ne dennerait pas lieu au retrait; *Paris, art.* 152; car cette vente n'est que la vente d'un acquêt; ne s'étant pas treuvé d'héritier en la persenne de qui l'héritage ait passé, il n'est pas devenu propre.

Mais si cet héritage était déjà propre en la personne du défunt, la vente, qui en serait faite sur un curateur à la successieu vacante, serait la vente d'un propre qui donnerait lieu au retrait, de même que si le défunt l'eût vendu de sen vivant; car étant représenté par sa succession vacante, suivant cette règle, *Hereditas jacens vicem personæ defuncti sustinet*, il est censé l'avoir vendu par la vente qu'en a faite le curateur de sa succession.

53. De même qu'un acquêt du défunt devient prepre en la persenne de sen héritier, de même un héritage acquêt donné eu légué à un enfant, devient prepre à cet enfant; les donatiens et les legs, faits aux enfans, étant censés tenir lieu de la successien.

Il n'en est pas de même, si la denatien ou le legs sont faits à un collatéral. L'héritage n'est qu'un acquêt du donataire, qui n'est pas sujet au retrait. Mais si l'héritage donné était un propre du donateur, il conserverait, quant à la matière du retrait lignager, sa qualité de propre, queiqu'il fût passé au donataire par un titre qui fait des acquêts, comme il a été vu ci-dessus.

54. Les héritages, compris dans une substitution, qui étaient acquêts en la personne de l'anteur de la substitutien, sent prepres en la persenne du substitué qui a recueilli la substitutien, quelle qu'ait été la persenne grevée, par le canal de laquelle ils lui sent venus, lersque ce substitué est un des descendans de l'auteur de la substitutien; car ce n'est pas du grevé, mais de l'auteur de la substitution, que le substitué tient les biens compris en la substitution; son titre est une donation en ligne directe qui tient lieu de succession.

Mais, si les substitués ne sent que des collatéraux de l'auteur de la substitution, quand même le grevé, par le canal de qui ils ent recueilli la substitutien, serait leur père, les acquêts de l'auteur de la substitution ne deviennent pas propres en la personne das substitués; car la substitution est, à leur égard, une donatien en collatérale.

Nec obstat qu'il n'y a pas lieu, en ce cas, au profit de rachat, comme neus l'avens décidé en notre *Introduction au titre des fiefs de la Coutume d'Orléans, n.* 188. La raisen de différence est, que ce n'est pas le titre qui denne ouverture au profit de rachat, mais seulement le fait de la mutatien; au lieu que c'est la nature du titre auquel un héritage est advenu à quelqu'un, qui règle la qualité de prepre ou d'acquêt.

55. Un héritage m'est propre et est sujet au retrait lignager, non seulement quand c'est cet héritage lui-même qui m'est advenu par la successien de men parent, mais même dans le cas où je n'ai succédé qu'au dreit qu'avait mon parent de se le faire denner, et, qu'en vertu de ce dreit, j'en suis devenu propriétaire; car je suis censé avoir succédé à l'héritage, en succédant à ce dreit, qui, s'étant depuis terminé à l'héritage, devait être, par anticipation, considéré comme l'héritage même, suivant la règle : *Qui actionem habet, ipsam rem habere videtur.*

56. Tout ce qui est uni par une union réelle

à un héritage, est propre et sujet au retrait, de même que l'héritage auquel il est uni. Tels sont les édifices construits sur un terrain propre; car ces édifices, n'étant que des accessoires du terrain sur lequel ils sont construits, et ne peuvant subsister séparément, ils ne peuvent avoir une qualité d'acquêt qui leur soit particulière; ils ne peuvent avoir que les mêmes qualités qu'a la chose principale dont ils font partie. Il en est de même de ce qui est accru à mon héritage par alluvion; n'en étant propriétaire que *jure fundi*, et comme d'un accessoire de mon héritage, il ne peut avoir d'autres qualités que celles qu'a mon héritage.

Il en est autrement lorsque l'union n'est qu'une union civile. Par exemple, lorsque j'ai acquis une métairie relevante de mon fief propre, quoique, par l'acquisition, il se fasse une réunion de fief, et que cette métairie ne compose plus qu'un seul et même fief, avec mon fief de qui elle relevait, néanmoins elle sera un acquêt, et ne sera pas sujette au retrait lignager; car il ne se fait d'union que du fief; ces héritages n'en sont pas moins des corps distingués et séparés, dont je suis propriétaire à des titres différens, qui peuvent par conséquent avoir des qualités différentes.

On doit dire la même chose de l'union de simple destination. Lorsque j'achète un lot de terre, enclavé dans celles d'une métairie de mon propre, pour le réunir à cette métairie, ce lot de terre n'en sera pas moins un acquêt; car il est aussi distingué et séparé des autres terres de ma métairie, qu'il l'était avant que je l'eusse acquis; et c'est à un différent titre que j'en suis le propriétaire.

57. Ce qui reste d'un héritage propre conserve sa qualité de propre, pourvu qu'il conserve la qualité d'immeuble. Par exemple, si ma maison propre a été incendiée, non seulement la place retient sa qualité de propre; les matériaux, qui en ont été détachés, tant qu'ils conservent la qualité d'immeubles, par leur destination à rentrer dans la reconstruction de la maison, conservent aussi la qualité de propres. C'est pourquoi, si je vends la place avec les matériaux, ils seront, aussi bien que la place, sujets au retrait lignager; mais, si je les vendais sans la place, il n'y aurait pas lieu au retrait, parce que n'étant plus destinés à entrer dans la reconstruction de la maison, ils ne sont plus immeubles, ni par conséquent propres.

58. Tous les droits, que j'ai retenus dans mon héritage propre, par l'aliénation que j'en ai faite, sont des propres de même nature que l'était l'héritage, et sont par conséquent pareillement sujets au retrait lignager. Par exemple, si j'ai aliéné mon héritage propre par bail à cens, bail à champart, ou bail à rente foncière, le droit de cens, de champart, ou de rente foncière, que je me suis retenu dans cet héritage, sera propre et sujet au retrait lignager, de même que l'était l'héritage.

Pareillement, les droits que j'ai retenus ou conservés par rapport à mon héritage propre, lorsque je l'ai aliéné, tels que sont les droits resciseires, le droit de réméré, etc., sont propres et sujets au retrait lignager comme l'était l'héritage.

59. Enfin, les héritages subrogés à l'héritage propre que j'ai aliéné, ont, par la fiction de la subrogation, la même qualité de propres qu'avait l'héritage que j'ai aliéné, auquel ils sont subrogés, et ils sont sujets au retrait lignager. Cette subrogation a lieu, lorsque j'ai acquis cet héritage immédiatement pour et à la place de mon héritage propre, comme lorsque je l'ai acquis en échange de mon héritage propre. Mais, si j'avais vendu mon héritage propre pour une certaine somme d'argent, à la charge de l'employer en l'acquisition d'un autre héritage; quoique, par l'acquisition que j'ai faite d'un autre héritage, j'aie déclaré que les deniers, pour lesquels je l'acquérais, sont les mêmes qui proviennent du prix de l'héritage propre que j'ai vendu, et que j'entends acquérir celui-ci, pour tenir lieu de celui que j'ai vendu, cet héritage ne laisserait pas d'être un acquêt qui ne serait pas sujet au retrait lignager; car il ne me tient pas lieu immédiatement de mon héritage propre que j'ai vendu, mais plutôt du prix pour lequel je l'ai vendu; voyez *notre Introduction générale à la Coutume d'Orléans*, *n.* 85 *et suiv.*

60. Lorsque j'ai acquis un héritage, en échange d'une rente propre, quoique cet héritage acquière, par la subrogation, la qualité de propre de succession et de disposition de la ligne dont la rente m'était provenue, il n'aura pas la qualité de propre de *retrait*, et n'y sera pas sujet; car la rente, dont il me tient lieu, n'était pas sujette au retrait, et une chose ne peut acquérir, par la subrogation, d'autres qualités, que celles qu'avait la chose à laquelle elle est subrogée. C'est l'avis de Laurière sur l'*art.* 143 de Paris. Par la même raison, lorsque cet héritage sera passé dans ma succession à mon héritier, il deviendra, à la vérité, sujet au retrait lignager, mais il ne sera réputé pour le retrait que propre naissant.

Vice versâ, lorsque j'acquiers une rente, par échange de mon héritage propre, cette rente n'est pas sujette au retrait; car elle ne peut acquérir, par la subrogation, une qualité dont elle n'est pas susceptible.

61. Lorsqu'un héritage propre a perdu sa qualité de propre en sortant de la famille par l'alié-

nation que j'en ai faite à un étranger, quoique j'en redevienne propriétaire par un nouveau titre d'acquisition, *putà*, par la vente ou par la donation que m'en ont faite celui à qui je l'avais vendu ou ses successeurs, il ne reprend pas son ancienne qualité de propre, mais il est acquêt, et non sujet au retrait; *Bouguier*, *l. R.* n. 8. Pareillement, si, après avoir aliéné un propre paternel, j'en redeviens propriétaire à titre de succession d'un parent maternel à qui il était passé, il ne reprend pas sa qualité de propre paternel qu'il avait lorsque je l'ai aliéné; et il est propre maternel et sujet au retrait lignager, en faveur de ma famille maternelle seulement.

62. Mais, lorsque je redeviens propriétaire de l'héritage propre que j'avais aliéné, non en vertu d'aucun nouveau titre, mais par la rescision de l'aliénation que j'en avais faite, ou même seulement par la résolution et cessation de cette aliénation, cet héritage me rentre tel qu'il était, et avec toutes les qualités qu'il avait lorsque je l'ai aliéné; par conséquent, avec celle de propre et de sujet au retrait, s'il avait lors cette qualité; *Introduction à la Coutume d'Orléans*, *n.* 72. Par exemple, si je suis rentré dans un héritage que j'avais vendu, par des lettres de rescision obtenues contre cette vente, ou en vertu d'une clause de réméré portée par le contrat; ou, lorsqu'ayant donné un héritage, j'y rentre pour cause de survenance d'enfant; en tous ces cas, et autres semblables, l'héritage, dans lequel je rentre, reprend la qualité de propre qu'il avait, et est sujet au retrait lorsque je le vendrai.

63. Il pourrait paraître y avoir plus de difficulté, lorsque la résolution du titre d'aliénation se fait *ex nová causá et voluntariá*. Par exemple, lorsqu'après avoir vendu un héritage, et en avoir mis l'acheteur en possession, j'y rentre en vertu d'une convention, par laquelle cet acheteur, qui n'avait pas encore payé le prix, convient avec moi de se désister de son achat, cette nouvelle convention pourrait paraître un nouveau titre d'acquisition qui rendrait cet héritage acquêt; néanmoins, il faut décider que cette convention n'est pas une nouvelle vente qui me soit faite de cet héritage par celui qui l'avait acheté de moi, mais une simple résolution et extinction de celle que je lui en avais faite. C'est ce qui résulte de l'*article* 112 *d'Orléans*, qui décide que cette convention ne donne pas lieu à un nouveau profit; ce qui suppose qu'elle ne contient pas une nouvelle vente, mais une simple résolution de celle que j'en avais faite : d'où il suit, que je redeviens propriétaire de l'héritage au même titre auquel je l'étais lorsque je l'ai aliéné, et que cet héritage doit reprendre la même qualité de propre qu'il avait.

64. Si c'était un père qui eût vendu et aliéné cet héritage, et que, comme héritier de mon père, j'y fusse rentré, en vertu de la convention que j'aurais eue avec l'acheteur, qui n'en avait pas encore payé le prix, par laquelle il se serait désisté de son achat; la vente, que mon père avait faite de cet héritage, se trouve résolue par cette convention; l'héritage reprend la qualité qu'il avait d'acquêt de mon père, et devient, en ma personne, propre paternel, sujet au retrait; car les acquêts d'un défunt sont propres en la personne de leurs héritiers. On opposera peut-être que, cet héritage ne s'étant pas trouvé dans la succession de mon père, qui l'avait aliéné avant sa mort, je ne puis être censé le tenir de la succession de mon père. La réponse est, que si je n'ai pas trouvé l'héritage même dans la succession, j'y ai trouvé l'action *ex vendito*, qui, n'étant d'abord qu'une action mobilière *ad pretium consequendum*, s'est, par la convention que j'ai faite avec l'acheteur, convertie en une action pour rentrer dans l'héritage, et s'est effectivement terminée à l'héritage dans lequel je suis rentré; ce qui suffit pour que cet héritage soit censé m'être venu de la succession de mon père; *suprà*, *n.* 55. D'ailleurs, on ne peut nier que je ne tienne de la succession de mon père un héritage, dans lequel je ne suis rentré qu'en qualité d'héritier de mon père.

65. Lorsque je rentre dans un héritage propre, en vertu d'une sentence qui déclare la donation, que j'en avais faite, révoquée pour cause d'ingratitude du donataire, on doit pareillement décider qu'il reprend la qualité de propre sujet au retrait; car je rentre plutôt que je n'acquiers.

66. Il en est autrement, lorsque j'ai vendu mon héritage, avec la clause que j'aurais le droit de refus lorsqu'il serait revendu, et que j'ai exercé ce droit sur un acheteur à qui il a été revendu; car, en ce cas, ce n'est pas par la résolution de la vente que j'avais faite, que j'en redeviens propriétaire, mais c'est par un nouveau titre d'acquisition, savoir par la vente faite à celui sur qui j'ai exercé le droit de refus, aux droits duquel je suis subrogé.

Voyez plusieurs autres questions sur la matière des propres, *en notre Introduction générale sur la Coutume d'Orléans.*

ARTICLE III.

Si les choses qui, par elles-mêmes, ne sont pas sujettes au retrait, y deviennent sujettes, lorsqu'elles sont vendues par un même marché avec un héritage qui y est sujet.

67. Suivant le droit commun, les choses, qui

ne sont pas par elles-mêmes sujettes au retrait lignager, n'y deviennent pas sujettes, quoiqu'elles soient vendues, par un même marché, avec un héritage qui y est sujet. C'est pourquoi l'acquéreur, assigné en retrait; n'est tenu de délaisser au retrayant que l'héritage de sa ligne, et il est le maître de retenir, si bon lui semble, les autres choses, quoique comprises dans le même marché. Plusieurs Coutumes en ont des dispositions, comme Meaux, 104; Melun, 140; Mantes, 87; Péronne, 246; Touraine, 174, et plusieurs autres. Ce droit doit être suivi dans les autres Coutumes qui ne s'en sont pas expliquées, non seulement parce qu'il est autorisé par le plus grand nombre des Coutumes, mais parce qu'il est fondé sur une raison évidente, que le lignager ne peut avoir de droit que sur les héritages de sa ligne, sur lesquels la loi le lui accorde, et non sur les choses sur lesquelles la loi ne le lui a pas accordé.

68. Maître Guyot, *Traité des fiefs*, apporte une exception à ce principe, à l'égard des meubles destinés à l'exploitation d'une métairie, comme sont les cuves, les bestiaux, et meubles aratoires. Il veut que, lorsqu'ils ont été vendus avec la métairie, le lignager puisse les retenir avec la métairie, malgré l'acquéreur. Cette opinion, qui est adoptée par le commentateur de la Rochelle, est assez plausible. Il y a une espèce d'intérêt public que ces meubles ne soient pas séparés de la métairie à l'exploitation de laquelle ils servent, cette séparation étant préjudiciable à la culture des terres. Cette raison d'intérêt public paraît avoir servi de fondement à l'*Ordonnance des substitutions*, *p.* 1, *art.* 6, et il peut pareillement servir de fondement à cette décision. Ajoutez que l'acquéreur n'ayant pas ordinairement intérêt de conserver ces meubles, lorsqu'il ne conserve pas la métairie, ce ne serait que par une mauvaise humeur qu'il en refuserait le retrait.

69. A l'égard des autres meubles, quoique le lignager ne puisse pas obliger l'acquéreur à lui délaisser ces choses avec l'héritage sujet au retrait, si l'acquéreur ne le veut, l'acquéreur ne peut-il pas, pour son indemnité, obliger le retrayant à retirer tout ce qui est compris au marché, ou rien? C'est une question que nous traiterons au chapitre cinquième.

70. Notre Coutume d'Orléans, *art.* 395, s'est écartée du droit commun. Elle donne au lignager le droit de retirer tout ce qui a été vendu par un même marché, et pour un même prix, avec l'héritage de sa ligne : le droit de retrait étant le droit qu'a le lignager de se faire subroger au marché de l'acquéreur étranger, lorsque l'héritage de sa ligne est vendu, elle a tiré cette conséquence, que n'y ayant qu'un marché par lequel son héritage était vendu avec les autres choses, le lignager avait droit d'être subrogé à ce marché tel qu'il est, et par conséquent de le prendre en entier, et de retirer tout ce qui y était compris; voyez *ledit article* 395, *et nos notes sur icelui*.

71. Si un héritage de ma ligne, situé à Orléans, a été vendu pour un même prix avec un autre héritage qui n'est pas de ma ligne, situé sous une autre Coutume qui n'a pas une pareille disposition, puis-je, en exerçant le retrait de l'héritage qui est de ma ligne, retirer aussi l'autre héritage que l'acquéreur veut retenir? Non; car les Coutumes n'ayant d'empire que sur les héritages situés dans leur territoire, notre disposition de la Coutume d'Orléans n'a pu assujettir au retrait un héritage situé sous une autre Coutume.

Par une semblable raison, si mon parent parisien a vendu un héritage de ma ligne, situé à Orléans, avec plusieurs effets mobiliers, par un même marché, je ne pourrai pas, en exerçant le retrait de l'héritage, retirer aussi les meubles que l'acquéreur veut retenir; car la Coutume d'Orléans ne peut rendre retrayables que les choses sur lesquelles elle a empire, ou par rapport à elles-mêmes, lorsqu'elles ont une situation; ou par rapport à la personne à qui elles appartiennent, lorsque ce sont des choses mobilières, qui, n'ayant pas de situation, sont régies par la loi qui régit la personne à qui elles appartiennent; d'où il suit, que la Coutume d'Orléans n'a pu rendre retrayables ces meubles, qui ont été vendus par un Parisien, qui n'est pas soumis à son empire.

72. *Quid, vice versâ*, si un parent orléanais, qui a vendu un héritage de ma ligne, situé à Paris, avec des meubles, et avec des acquêts situés à Orléans; pourrai-je, en ce cas, en exerçant le retrait de l'héritage de ma ligne, retirer aussi toutes ces choses? Non; car la Coutume d'Orléans n'accorde pas le retrait de ces choses *principaliter*, et par elles-mêmes, mais en tant qu'elles sont comprises dans un même marché avec un héritage dont elle accorde le retrait. Or, dans cette espèce-ci, ce n'est pas la Coutume d'Orléans qui m'accorde le retrait de l'héritage de ma ligne, qui est hors de son territoire; elle ne m'accorde donc pas non plus le retrait du surplus.

CHAPITRE IV.

Des contrats et actes qui donnent ouverture au retrait lignager, et de quand.

73. Les contrats, qui donnent ouverture au retrait, sont le contrat de vente, les contrats ou actes équipollens à vente, ou dans lesquels la nature du contrat de vente prédomine.

ARTICLE PREMIER.

Du contrat de vente.

74. La vente d'un héritage donne lieu au retrait, soit que ce soit le propriétaire de cet héritage qui ait été lui-même le vendeur, soit qu'il ait seulement consenti à la vente qui en a été faite par un autre; car, quoique vendre, et consentir simplement à une vente, soient choses différentes, suivant la règle, *Aliud est vendere, aliud venditioni consentire*, en ce que l'obligation de garantie n'est contractée que par le vendeur, et non par celui qui n'a fait que consentir à la vente; néanmoins, pour le cas du retrait lignager, c'est la même chose, parce que celui, qui consent à la vente de son héritage, faite, par un autre, à un étranger, ne l'aliène pas moins, et ne le met pas moins hors de sa famille, par cette vente à laquelle il consent, que s'il était lui-même le vendeur; ce qui est la seule chose que l'on considère en fait de retrait lignager.

75. Les ventes forcées, aussi bien que celles qui sont volontaires, donnent ouverture au retrait.

Par exemple, si une personne, par son testament, a chargé son héritier de vendre à Pierre un certain héritage, la vente, que cet héritier fera de cet héritage à Pierre, donnera ouverture au retrait lignager, quoiqu'elle ne soit pas volontaire, l'héritier étant obligé par le testament à vendre.

Cette décision a surtout lieu, lorsque l'héritage, dont le défunt a ordonné la vente, est un héritage qui lui était propre; car, n'ayant pu lui-même vendre cet héritage sans donner ouverture au retrait, il n'a pas pu, en le faisant vendre par son héritier, frustrer sa famille du retrait.

Il faut décider la même chose dans le cas auquel l'héritage aurait été un acquêt du défunt; car quoique le défunt eût pu le vendre, sans donner ouverture au retrait, cet héritage étant devenu propre en la personne de son héritier, la vente, qu'en fait l'héritier, est la vente d'un propre qui donne lieu au retrait. Pour empêcher le retrait, il eût fallu que le testateur, au lieu d'ordonner la vente de cet héritage, l'eût légué directement au légataire, à la charge de donner une certaine somme à son héritier.

76. On a douté si la vente, par décret, sur une saisie réelle, était sujette au retrait : la Coutume de Paris, *art.* 150, décide qu'elle y est sujette; un très grand nombre de Coutumes ont la même disposition : Meaux, Melun, Sens, Auxerre, Étampes, Dourdan, Montfort, Mantes, Troyes, Laon, Reims, Duché de Bourgogne, Nivernais, Berry, Auvergne, la Marche, Peitou, Angoumois et plusieurs autres.

On doit décider la même chose dans les Coutumes qui ne s'en sont pas expliquées. La raison est, qu'une vente, quoique faite par décret, est une vraie vente par laquelle le débiteur saisi aliène à l'adjudicataire son héritage propre. Il est vrai qu'elle n'est pas volontaire; mais la loi, qui accorde le retrait, l'ayant indistinctement accordé, elle embrasse, dans sa disposition, toutes les ventes, celles qui sont forcées, comme les volontaires : *Ubi lex non distinguit, nec nos debemus distinguere.* D'ailleurs, le grand nombre des Coutumes, qui ont décidé, en ce cas, pour le retrait, forment un droit commun, qui doit être suivi dans celles qui ne s'en sont pas expliquées.

Il y a un très petit nombre de Coutumes qui se sont écartées du droit commun, et qui ont excepté de la loi du retrait lignager les ventes par décret : notre Coutume, *art.* 400, est de ce nombre. La Coutume de Tours, *art.* 180, a une pareille disposition; et Dumoulin, en sa note sur cet article, dit qu'elle est fondée sur une raison de commisération pour le débiteur saisi, afin que l'héritage s'en vende mieux.

Cette disposition ne doit pas être bornée au seul décret solennel. La vente, qui est faite des biens d'un débiteur sur une affiche et trois publications, est pareillement exceptée du retrait; il

y a même raison : la jurisprudence en est constante dans notre Coutume. L'auteur des notes de 1711 sur notre Coutume d'Orléans, rapporte plusieurs sentences qui l'ont jugé. Mais cette exception ne s'étend point aux adjudications qui se font en justice, sur des licitations où les enchères étrangères sont reçues, et qui sont faites à un étranger, ni à toutes les autres ventes forcées, telle qu'est celle dont il est mention au n° précédent.

77. Dans les Coutumes qui portent qu'*héritage vendu par décret n'est pas sujet à retrait*, si un acheteur fait sur lui un décret volontaire, qui soit mis à chef avant l'expiration du temps du retrait auquel la vente, qui lui a été faite, a donné ouverture ; l'acheteur, quoiqu'adjudicataire par ce décret, ne laisse pas d'être sujet au retrait pendant le temps qui en reste à expirer ; car, dans ces Coutumes, le décret ne donne pas, à la vérité, par lui-même ouverture au retrait, mais il n'empêche pas celui, auquel a donné ouverture une vente volontaire, dont il n'est que la confirmation ; *Orléans, art.* 401.

78. Les ventes, faites pour cause d'utilité publique, ne sont pas sujettes au retrait lignager ; l'intérêt de la famille dans le retrait, n'étant qu'un intérêt de particuliers, doit céder à un intérêt public.

ARTICLE II.

Quels sont les contrats qui sont équipollens à vente.

§ I. DU CONTRAT A RENTE VIAGÈRE.

79. Il n'est pas douteux que le contrat, par lequel on vend un héritage pour une rente viagère, soit un contrat au moins équipollent à vente, et même un vrai contrat de vente ; la rente viagère, qui a fait le prix dans ce contrat, étant un prix qui consiste en argent.

Cette décision a lieu, quand même le contrat serait qualifié de donation, lorsque la rente viagère excède notablement le revenu de l'héritage ; car la rente, en ce cas, est le prix de l'héritage. Mais, si la rente est à peu près d'égale valeur au revenu, la rente pourrait être regardée comme étant le prix de la jouissance de l'héritage, que le donateur pouvait se retenir plutôt que le prix de l'héritage même ; et, par conséquent, l'acte pourrait passer pour une donation qui n'est pas sujette au retrait.

Sur la question, si le retrait peut s'exercer sur un contrat à rente viagère, après la mort de celui sur la tête de qui la rente est créée, voyez *notre Introduction au titre des fiefs, n.* 246.

§ II. DE L'ÉCHANGE CONTRE DES CHOSES MOBILIÈRES.

80. L'échange d'un héritage contre des choses mobilières, est regardé comme contrat équipollent à vente ; et Dumoulin, *in Cons. Paris.*, § 20, *gl.* 5, *n.* 49, décide qu'il donne lieu au retrait. Il y en a une raison évidente, qui est que ces choses, qui sont d'un commerce journalier, étant facilement convertibles en argent, donner un héritage pour des choses de cette espèce, c'est presque la même chose que de le donner pour de l'argent, et de le vendre. Sans cela, les acheteurs pourraient éluder la loi du retrait quand bon leur semblerait, rien n'étant plus facile que de donner au lieu d'argent, des marchandises au vendeur, qui les revendrait, et les convertirait aussitôt en argent.

Dumoulin, *ibid.*, excepte de sa décision [1] l'échange contre quelques meubles rares et précieux ; car une telle chose n'étant pas facilement convertible en argent, la raison de la décision cesse. Mais, comme il peut y avoir d'autres raisons, pour lesquelles la jurisprudence a assujetti au retrait l'échange contre les meubles, cette décision de Dumoulin peut souffrir difficulté.

§ III. DE LA DATION EN PAIEMENT.

81. La dation en paiement est un acte équipollent à vente : *Hujusmodi contractus (datio in solutum) vicem venditionis obtinet ; l.* 4, *Cod. de evict.* C'est pourquoi, lorsqu'un débiteur donne à son créancier un héritage, en paiement d'une somme d'argent ou d'autres choses mobilières qu'il lui doit, il y a lieu au retrait. Notre Coutume d'Orléans, *art.* 397, en a une disposition.

82. Il en est de même, si j'ai donné un héritage à mon créancier pour le rachat d'une rente constituée, ou même pour le rachat d'une rente foncière non rachetable ; car en l'un et en l'autre cas, c'est une vraie dation en paiement de la somme d'argent dont la rente constituée que je devais était rachetable, ou de celle dont nous sommes convenus pour le rachat de la rente foncière ; *Guyot, Traité des fiefs, tit. du retrait seign., chap.* 4, *n.* 2.

83. Quelque favorable qu'ait été la cause de la dot, en paiement de laquelle a été donné l'héritage, la dation en paiement donne ouverture au retrait. C'est pourquoi Grimaudet, *n.* 1, 7, décide qu'il y a lieu au retrait au profit de la famille du mari, lorsqu'on a donné à la

[1] La décision et l'exception sont, à la vérité, dans le cas d'une dation en paiement, mais que Dumoulin compare à l'échange. Il dit : *Sicut nec in verâ permutatione.* Ainsi j'ai pu les appliquer à l'échange.

femme un héritage propre du mari en paiement de ses deniers dotaux, quand même ce serait en vertu d'une clause du contrat de mariage, qui porterait que cet héritage lui serait donné en paiement de ses deniers dotaux.

Il en serait autrement si le mari avait ameubli et mis en communauté un de ses propres, et, qu'après la dissolution de sa communauté, la femme le prît en paiement de ses reprises; car l'acte, par lequel la femme prend cet héritage en paiement, n'est pas proprement un titre d'acquisition. Par cet acte, le droit de la femme dans les biens de la communauté, qu'elle conserve, nonobstant sa renonciation, jusqu'à concurrence de ce qu'elle a à reprendre sur lesdits biens, se détermine à cet héritage, qui fait partie desdits biens, plutôt qu'elle n'est censée en faire l'acquisition; et c'est pour cette raison que cet acte ne donne pas ouverture au profit des ventes; voyez *notre Introduction au tit. des fiefs, n.* 153.

Mais l'ameublissement, que le mari a fait de ce propre, et qui est, en ce cas-ci, le titre de la femme, ne doit-il pas donner lieu au retrait? C'est ce que nous examinerons *infrà.*

84. La dation en paiement ne donne lieu au retrait, que lorsque la chose due, en paiement de laquelle l'héritage est donné, est une somme d'argent ou quelque chose de mobilier. Il en serait autrement, si l'héritage était donné en paiement d'un autre héritage que je devais: cet acte tiendrait plutôt de l'échange que de la vente, et ne donnerait pas lieu au retrait.

§ IV. DES DONATIONS RÉMUNÉRATOIRES OU ONÉREUSES.

85. La donation d'un héritage, qui est faite pour récompense de services, lorsque ces services sont appréciables à une somme d'argent, pour laquelle celui, à qui la donation est faite, aurait eu action en justice, est aussi un acte équipollent à vente, et qui donne lieu au retrait; car une telle donation est plutôt dation en paiement que donation.

Cela a surtout lieu, lorsque la somme, à laquelle ces services sont appréciables à prix d'argent, égale la valeur de l'héritage donné en récompense de ces services; car, en ce cas, il faut convenir que cet acte n'est autre chose qu'une dation en paiement, et qu'il n'a, de la donation, que le nom: il ne doit pas dépendre des parties, en donnant ce nom à cet acte, de le soustraire au retrait auquel il est naturellement sujet.

Sur le cas auquel le prix des services n'égale pas la valeur de l'héritage, voyez *infrà, art. suivant.*

86. Il en est de même des donations onéreuses, lorsque les charges, imposées au donataire, sont quelque chose d'appréciable à une somme d'argent, surtout lorsque cette somme égale la valeur de l'héritage.

Il faut aussi, pour que la donation soit réputée onéreuse et équipollente à vente, que les charges imposées au donataire soient extrinsèques à la chose donnée.

C'est pourquoi, la donation d'un héritage, qui serait faite à la charge d'une grosse rente foncière dont cet héritage est chargé, quand même la charge de cette rente absorberait le prix de l'héritage, n'est pas pour cela réputée une donation onéreuse; cette charge n'étant pas proprement une charge de la donation, mais une charge de la chose, qui suit la chose, et dont le donataire serait chargé, quand même il n'en serait rien dit par la donation.

§ V. DU BAIL A RENTE RACHETABLE.

87. Le bail à rente rachetable est aussi regardé comme un contrat équipollent à vente, qui donne lieu au retrait: Paris, *art.* 137; Orléans, 397, et plusieurs autres Coutumes, en ont des dispositions.

Il semblerait que ce contrat ne devrait donner ouverture au retrait que lors du rachat; car ce n'est qu'en ce temps qu'il devient équipollent à vente, puisque ce n'est que par le rachat qu'il devient une aliénation à prix d'argent. Néanmoins les Coutumes ont voulu qu'il y donnât ouverture dans le temps du bail; autrement les lignagers se trouveraient toujours frustrés de leurs droits, ce rachat de la rente se faisant ordinairement à leur insu. D'ailleurs, on peut dire que ces baux à rente sont, en quelque façon, au moins dans le vœu des contractans, des aliénations *à prix d'argent;* l'intention de l'acquéreur étant d'acquérir cet héritage pour la somme dont il a stipulé que la rente serait rachetable, et le bailleur n'ayant retenu une rente foncière, qu'en attendant que l'acquéreur eût payé cette somme. Néanmoins cette raison, si elle n'était pas jointe à la première, pourrait bien n'être pas suffisante.

88. Livonière a prétendu que les baux à rente n'étaient vraiment baux à rente rachetable, et sujets en conséquence au retrait, que lorsque cette faculté était stipulée par le bail, et non dans le cas auquel le preneur tient cette faculté de la loi, comme dans les baux à rente des maisons de ville. Cette opinion n'est pas suivie. Ces baux à rente ne sont pas moins baux à rente rachetable, et sujets au retrait, que ceux dans lesquels la faculté de racheter est expressément stipulée: on peut même dire qu'ils le sont à plus fort titre, puisque la faculté de racheter, qui ne procède que de la convention, est sujette à pre-

scription. La raison, sur laquelle Livonière se fonde, est de dire que le bail à rente rachetable n'étant réputé équipoller à vente, que parce qu'il est, dans l'intention des parties, *aliénation à prix d'argent*, par le rachat de la rente que le preneur se propose de faire un jour, cette intention doit être déclarée par le bail. La réponse est, que si, dans les baux, dans lesquels la loi accorde au preneur la faculté de racheter la rente, cette faculté ne se trouve pas expressément stipulée, c'est parce qu'il est inutile de stipuler ce que la loi accorde : mais le preneur n'en est pas moins présumé avoir eu l'intention de racheter la rente, lorsqu'il en aurait la commodité, la volonté de libérer son bien, quand on le peut, étant naturelle.

ARTICLE III.

Des contrats et actes qui ne sont pas équipollens à vente, ni par conséquent sujets au retrait.

§ I. DE L'ÉCHANGE CONTRE UN AUTRE IMMEUBLE.

89. C'est un principe qui n'est pas contesté, que l'échange d'un héritage contre un autre héritage ne donne pas lieu au retrait : plusieurs Coutumes en ont des dispositions; Paris, *art.* 145; Orléans, 384.

90. On a agité la question, si l'échange d'un héritage, contre une rente constituée, donnait lieu au retrait. Il faut, sur cette question, distinguer deux cas. Le premier cas est, lorsque celui, qui reçoit en échange de son héritage une rente constituée, est soumis à une Coutume qui répute meubles les rentes constituées, et que la rente est de celles qui n'ont pas de situation, et qui se régissent par la loi à laquelle est soumise la personne à qui elles appartiennent. En ce cas, la rente, qu'il reçoit en échange de son héritage, étant, en sa personne, un bien meuble, l'échange, qu'il a fait de son héritage contre cette rente, est un échange contre un meuble, qui est réputé contrat équipollent à vente, et donne lieu au retrait.

Le second cas, est celui de l'échange d'un héritage contre une rente régie par une Coutume qui répute les rentes constituées immeubles; ce qui arrive, lorsque celui, qui la reçoit en échange de son héritage, est soumis, par son domicile, à une de ces Coutumes, ou lorsque la rente a une situation dans une de ces Coutumes. En ce cas, l'opinion commune, et qui a prévalu dans l'usage, est de regarder cet échange comme un échange contre un immeuble qui ne doit pas donner lieu au retrait. Les raisons, sur lesquelles cette opinion est fondée, sont les suivantes. 1° Le droit de retrait lignager est un droit rigoureux, qui ne doit avoir lieu que dans les cas où la loi l'a accordé, et qui ne doit pas être étendu à d'autres. La loi l'a accordé en cas de vente; il ne doit pas être étendu au cas d'échange, l'échange étant un contrat différent de celui de vente. Il est vrai que la jurisprudence a étendu le retrait à l'échange d'un héritage contre des meubles, et qu'elle a regardé cet échange comme un contrat ressemblant à celui de vente, ainsi que nous l'avons vu *suprà*, *n*. 80; mais cette jurisprudence, établie *contra rationem juris*, quoique pour de bonnes raisons, n'est pas susceptible d'extension; et elle ne peut, sans extension, s'appliquer à l'échange contre une rente constituée, réputée immeuble, parce qu'on ne peut pas dire que ce soit un échange contre un meuble. 2° Il y a une très grande différence entre l'échange contre une rente réputée immeuble, et l'échange contre des meubles. Celui-ci dépouille entièrement la famille; les meubles, que le parent reçoit en échange de son héritage propre qu'il aliène, n'étant aucunement susceptibles de la qualité de propre qu'avait cet héritage. Au contraire, l'échange contre une rente réputée immeuble ne dépouille pas la famille; la rente, que reçoit le parent en échange de son héritage, est subrogée à la qualité de propre qu'avait l'héritage pour le cas des successions, et pour celui des testamens et donations.

Ceux qui sont de l'opinion contraire, la fondent sur les raisons suivantes. Ils disent que, même dans les Coutumes qui ont une disposition expresse, par laquelle elles réputent immeubles les rentes constituées, telles que sont les Coutumes de Paris et d'Orléans, ces rentes sont bien, en toute autre matière que celle de retrait, réputées immeubles, mais non en matière de retrait; puisque ces mêmes Coutumes déclarent que ces rentes ne sont pas sujettes au retrait, lorsqu'elles sont vendues : d'où il suit, qu'en matière de retrait, l'échange d'un héritage contre une rente, ne peut passer pour un échange contre un immeuble, mais pour un échange contre un meuble, qui doit donner ouverture au retrait. Ils ajoutent que si l'échange contre un autre héritage est regardé comme un contrat tout différent de la vente, et ne donne pas ouverture au retrait, c'est parce qu'au moyen de ce que l'héritage reçu en échange est subrogé à celui qui a été aliéné, tous les droits de la famille sont conservés, non seulement en cas de succession et de testament, mais même en cas d'aliénation par vente : ce qui n'est pas, lorsque l'échange est contre une rente constituée, cette rente n'étant pas sujette au retrait lorsqu'elle sera vendue. Enfin, ils disent que c'est ouvrir la porte aux fraudes, que d'exclure le retrait en ce cas, rien n'étant plus facile que de faire cou-

stituer une rente par une personne affidée, que l'acheteur paraîtra donner en échange de l'héritage qu'il veut acheter, et qui sera remboursée au vendeur aussitôt après le contrat. Ce sont les raisons qu'emploie M. Vaslin, *en son Commentaire sur l'article* 29 *de la Coutume de la Rochelle.*

Nonobstant ces raisons, quoique très fortes, la première opinion a été confirmée par un arrêt de 1725, rapporté au Recueil d'arrêts de la quatrième des enquêtes. On peut répondre au premier argument de ceux qui soutiennent l'opinion contraire, que si les rentes ne sont pas sujettes à retrait, on n'en doit pas conclure, qu'en matière de retrait, elles sont réputées meubles, et que l'échange contre une rente est un échange contre un meuble. On doit seulement en conclure que la Coutume ne rend pas sujets au retrait tous les immeubles, mais seulement les immeubles réels qui seuls sont compris sous le terme d'*héritage*, et non les immeubles fictifs, tels que sont les rentes. On répond au second qu'il n'est pas nécessaire, pour qu'un genre d'aliénation soit exempt de retrait, que la famille de celui qui aliène l'héritage puisse conserver, dans ce qu'il reçoit à la place, tous les mêmes droits qu'elle avait dans celui qui lui a été aliéné. Dans le cas d'une donation, la famille est entièrement dépouillée; ce genre d'aliénation n'en est pas moins exempt de retrait. La réponse au troisième argument, est que la crainte des fraudes n'est pas une raison suffisante pour que les juges assujettissent au retrait un genre d'aliénation, que les lois n'y ont pas assujetti, lorsque la fraude n'est pas prouvée.

Au reste, je serais assez porté à décider que, si la rente, reçue en échange, était une rente qui eût été constituée à celui qui l'a donnée en échange, peu de jours avant le contrat, et qu'elle fût rachetée par le débiteur de la rente peu de jours après, ou même dans l'année, on devrait présumer le contrat frauduleux, et admettre le retrait du jour que le remboursement de la rente aurait découvert la fraude.

L'échange d'un héritage propre, fait contre une rente constituée, ne donnant pas lieu au retrait, celui fait contre un office n'y doit pas donner lieu. Il y a une entière parité de raisons, les offices étant, comme les rentes constituées, des immeubles fictifs. Nous l'avons ainsi jugé au bailliage d'Orléans, le 30 mars 1765, au profit du sieur Couret, imprimeur.

91. L'échange ne donne pas lieu au retrait, lorsqu'il a été fait but à but, et sans aucun retour en deniers ou en autres choses mobilières; mais il y a variété dans les Coutumes à l'égard des échanges avec retour en deniers ou autres choses mobilières.

Les Coutumes de Paris, d'Orléans, et un grand nombre d'autres, exemptent de retrait l'échange, quoique fait avec *soulte*, c'est-à-dire avec retour en deniers ou en autres choses mobilières, à moins que la soulte n'excédât la moitié de la valeur de l'héritage aliéné par ce contrat d'échange, ou, comme s'expriment la Coutume et quelques autres, *sinon que la soulte excédât l'héritage baillé avec elle en contre-échange:* ce qui revient au même; car la soulte, qui excède la valeur de l'héritage reçu avec elle, par mon parent, en contre-échange de l'héritage qu'il a aliéné, excède la moitié de la valeur de cet héritage qu'il a aliéné.

Plusieurs autres Coutumes n'exigent pas que la *soulte tourne*, ou retour en deniers ou autres meubles, excède la moitié de la valeur de l'héritage, pour que l'échange donne lieu au retrait; elles se contentent que cette soulte égale cette moitié, ou, ce qui est la même chose, qu'elle égale la valeur de l'héritage reçu avec elle en contre-échange. C'est la disposition de la Coutume de Melun, *art.* 142; de Clermont, *tit.* 2, *art.* 19, et de plusieurs autres.

La Coutume de Bretagne, *art.* 316, admet le retrait en échange, lorsque le retour en deniers excède le tiers de la valeur de l'héritage.

Au contraire, celle de Bordeaux, *art.* 32, veut que le retour en deniers vaille deux fois plus que l'héritage reçu en contre-échange avec ledit retour, c'est-à-dire qu'il vaille plus des deux tiers de la valeur de l'héritage dont elle accorde le retrait.

Celle de Normandie, *art.* 464, admet le retrait en échange fait avec une soulte en deniers, *quelque petite qu'elle soit.*

Celle de Montargis, *tit.* 16, *art.* 9, accorde aussi le retrait, en cas d'échange, toutes les fois qu'il y a retour en deniers, ou choses mobilières données en retour, à moins qu'ils ne fussent donnés que par forme de pot de vin du marché.

Il en est de même dans les Coutumes qui disent indistinctement, *lorsqu'il y a retour en deniers ou en meubles, il y a lieu au retrait à proportion du retour*, sans s'expliquer sur la quantité de ce retour. Dans ces Coutumes, la loi n'ayant point fait de distinction entre un retour considérable ou modique, on doit, sans distinguer si le retour égale, ou non, la moitié de la valeur de l'héritage, si le retour est considérable ou modique, admettre le retrait à proportion du retour, quel que soit le retour, suivant cette règle : *Ubi lex non distinguit, nec nos debemus distinguere.* C'est l'avis de Dupineau, sur la Coutume d'Anjou, *art.* 353, et de son annotateur.

Il y a quelques Coutumes qui s'expliquent en

termes négatifs, en disant indistinctement qu'il n'y a lieu au retrait en échange fait *but à but sans soulte*, sans s'expliquer sur la quantité de la soulte; telle est la Coutume de Senlis, *art.* 224. Il semblerait que ces Coutumes laissent à conclure que, dans le cas contraire, lorsqu'il y a un retour en deniers, il y a lieu au retrait indistinctement, et quel que soit le retour, suivant la règle, *Exclusio unius, est admissio alterius.* Néanmoins, Ricard, dans son Commentaire sur cet article, pense qu'on n'en doit pas tirer cette conséquence; que la Coutume ne s'étant expliquée que sur un cas, auquel le retrait ne pouvait avoir lieu en cas d'échange, et ne s'étant pas expliquée sur ceux auxquels il devrait avoir lieu, elle en avait laissé la décision aux Coutumes circonvoisines, telle que celle de Clermont, suivant laquelle, *art.* 19, il faut que la soulte excède ou égale au moins la moitié de la valeur de l'héritage, pour que le contrat puisse passer pour équipollent à vente, et donner lieu au retrait.

Dans les Coutumes, qui n'ont point du tout parlé de l'échange, on n'y admet le retrait en échange que conformément au droit commun, c'est-à-dire lorsqu'il y a une soulte qui excède la moitié de la valeur de l'héritage. M. Vaslin, en son Commentaire sur la Coutume de la Rochelle, qui est de ce nombre, dit que cela a passé en maxime.

92. Il y a une autre variété dans les Coutumes, pour le retrait en cas d'échange. Plusieurs Coutumes, du nombre desquelles est celle de Paris, n'admettent le retrait qu'au prorata de la soulte. Par exemple, si j'ai changé mon héritage propre, de valeur de 12,000 liv., contre un autre héritage de valeur de 4,000 liv. et une soulte de 8,000 liv., la soulte, en cette espèce, montant aux deux tiers de la valeur de l'héritage, ma famille ne doit être admise au retrait que des deux tiers de cet héritage, qui doit être partagé entre l'acquéreur, qui en retiendra un tiers, et le retrayant, à qui on en délivrera les deux tiers. Les raisons, sur lesquelles se sont fondées ces Coutumes, sont celles-ci : 1° Le contrat n'étant pas entièrement contrat de vente, il ne doit pas donner lieu entièrement au retrait, mais seulement à proportion de ce que ce contrat participe du contrat de vente, et par conséquent à proportion de la soulte en deniers. 2° L'héritage, que j'ai retiré en contre-échange, devenant, par subrogation, propre de la même qualité et de la même ligne, que celui que j'ai aliéné et mis hors de ma famille, ma famille est indemnisée en partie de l'aliénation que j'ai faite; elle ne doit donc avoir le droit de retrait que pour le surplus. 3° L'acquéreur, qui m'a donné un fonds avec le retour en deniers, pour l'héritage que je lui ai cédé, doit avoir une portion dans le fonds que je lui ai cédé, qui lui tienne lieu de celui qu'il m'a cédé; sans cela, et s'il était obligé de recevoir de l'argent pour le fonds qu'il a donné, il ne serait pas entièrement indemne, il ne serait pas mis au même état qu'il était avant le contrat. On ne doit pas l'obliger à recevoir malgré lui de l'argent pour un fonds qu'il n'a pas voulu vendre, et qu'il n'a consenti d'aliéner qu'autant qu'il aurait un autre fonds à la place; c'est lui faire vendre son héritage malgré lui : *Nemo rem suam invitus vendere cogitur.*

L'opinion contraire, savoir, qu'il y a lieu au retrait pour le total, lorsque la soulte en deniers excède la moitié de la valeur de l'héritage, a été embrassée par plusieurs autres Coutumes, même en plus grand nombre; et notre Coutume d'Orléans, *art.* 384, est de ce nombre. Les raisons, sur lesquelles elles se sont fondées, sont que la nature des contrats doit se régler sur ce qui y prédomine. Donc, lorsqu'un héritage est cédé pour une somme d'argent, et pour un autre héritage de moindre valeur que la somme d'argent, il doit être réputé contrat de vente; car la somme d'argent est ce qui prédomine. L'héritage est aliéné principalement pour une somme d'argent, et par conséquent ce genre d'aliénation est une aliénation à prix d'argent, et une vente : l'autre héritage, qui est donné avec la somme d'argent, n'est que comme un accessoire du prix, qui consiste principalement en une somme d'argent, ce qui n'empêche pas que le contrat ne soit entièrement et véritablement contrat de vente; *arg. l.* 6, § 1, *de act. empt.*

A l'égard de l'objection tirée de ce que, suivant la maxime : *Nemo invitus vendere cogitur,* celui, sur qui on exerce le retrait, ne doit pas recevoir malgré lui de l'argent pour son héritage qu'il n'a pas voulu vendre, et qu'il n'a voulu aliéner qu'autant qu'il aurait un autre héritage à la place : elle est plus spécieuse que solide. L'acheteur a dû savoir que le contrat, par lequel il acquérait, étant un contrat dans lequel la nature de vente prédomine, était sujet au retrait. Il s'est donc soumis à souffrir le retrait. Il a pareillement dû savoir et pu prévoir, lorsqu'il a fait l'acquisition, qu'en cas de retrait, il ne serait pas au pouvoir du retrayant de lui rendre l'héritage qu'il a donné pour celui qu'on lui retire, et qu'un retrayant n'étant obligé d'indemniser l'acquéreur que de la manière dont il est possible de le faire, le retrayant ne serait pas obligé, en cas de retrait, de lui rendre cet héritage en nature, mais seulement de lui en rendre le prix : s'étant soumis, en acquérant, à souffrir le retrait, il s'est soumis à l'exécution du retrait, et par conséquent à recevoir le prix de son héri-

tage que le requérant lui donnera. On ne peut pas dire qu'il vend malgré lui son héritage, que c'est malgré lui qu'il en reçoit le prix, puisqu'il s'est soumis à cela en acquérant.

On peut encore ajouter, en faveur de cette opinion, qu'elle évite les discussions et l'embarras du partage qui est à faire, dans la première opinion, entre le retrayant et l'acquéreur, et retranche les procès auxquels la première opinion pourrait souvent donner lieu.

Cette dernière opinion, qui, en cas de soulte excédant la moitié de la valeur de l'héritage, admet le retrait pour le tout, me paraît préférable à celle embrassée par la Coutume de Paris, qui ne l'admet qu'à proportion de la soulte; elle me semble par conséquent devoir être suivie dans les Coutumes qui ne s'en sont pas expliquées. C'était l'avis de M. Le Camus, en ses observations sur le titre des Retraits. Il pensait que la Coutume de Paris avait, à cet égard, besoin de réformation. C'était l'avis de M. de Lamoignon, *art.* 18 de ses Arrêtés. Néanmoins il faut avouer que la question souffre difficulté.

93. Dans les Coutumes, qui n'accordent le retrait qu'au prorata de la soulte, il n'est pas douteux qu'il n'y a que la famille de celui qui a aliéné l'héritage pour lequel il a reçu une soulte, qui ait le droit de retrait, et que la famille de l'autre contractant n'a pas le droit de retrait de l'héritage qu'il a aliéné, n'ayant reçu aucuns deniers pour cet héritage, et en ayant au contraire donné.

Dans les Coutumes, qui regardent le contrat comme étant entièrement contrat de vente, et qui admettent au retrait pour le tout la famille de celui qui a reçu la soulte, il y a plus de difficulté sur la question de savoir si la famille de l'autre contractant doit aussi être admise au retrait du sien. Coquille, sur l'*art.* 40 du titre des fiefs de la Coutume du Nivernais, tient la négative. Il est suivi par le nouveau commentateur de la Coutume de La Rochelle. La Coutume de Poitou, *art.* 355, semble avoir suivi cette opinion, car elle dit : *Ledit contrat sera censé contrat de vente, et le lignager de celui qui a reçu l'argent, reçu au retrait.* En accordant le retrait à la famille *de celui qui a reçu l'argent,* il semble qu'elle le dénie tacitement à la famille de l'autre contractant, suivant les maximes : *Qui dicit de uno, negat de altero : Inclusio unius est exclusio alterius.* La raison, pour cette opinion, est que ce contractant n'ayant pas reçu d'argent, on ne peut pas dire que le contrat, vis-à-vis de lui, soit un contrat d'aliénation à prix d'argent, ni par conséquent un contrat de vente qui puisse donner lieu au retrait.

Notre Coutume d'Orléans a embrassé l'opinion contraire. Elle décide, *art.* 384, qu'en cas d'échange fait avec une soulte en argent, qui excède la moitié de la valeur de l'un des héritages, l'un et l'autre héritages sont sujets au retrait. Par exemple, si j'ai échangé avec vous mon héritage de la valeur de 12,000 liv., contre le vôtre de la valeur de 3,000 liv., avec un retour de 9,000 liv. en deniers, elle veut que votre famille ait le droit de retirer sur moi l'héritage de 3,000 liv., en me rendant 3,000 liv. et les loyaux coûts; de même que la mienne a droit de retirer sur vous l'héritage de 12,000 liv., en vous rendant 12,000 liv. La raison, sur laquelle elle se fonde, est qu'un seul et même contrat ne doit avoir qu'une seule et même nature, qui se règle par ce qui y prédomine. Il répugne qu'il soit contrat de vente par rapport à l'un des contractans, et contrat d'échange par rapport à l'autre. Lorsque la soulte en deniers excède la moitié de la valeur de l'un des héritages, comme dans l'espèce ci-dessus proposée, le contrat doit, suivant ce qui y prédomine, être réputé contrat de vente. On doit présumer que l'intention des parties a été, savoir de ma part, de vous vendre l'héritage de 12,000 liv., et de votre part, de l'acheter; et que c'est en paiement de la somme de 3,000 liv., qui vous manquait pour achever le paiement du prix de l'héritage que je vous ai vendu, que vous m'avez donné le vôtre. Il doit par conséquent être sujet à retrait; car tous conviennent que ce qui est donné en paiement y est sujet. Ceci répond à l'argument employé ci-dessus pour la première opinion, qui consiste à dire, que n'ayant reçu aucuns deniers pour votre héritage de 3,000 liv., l'aliénation, que vous en avez faite, n'est pas une aliénation à prix d'argent, et ne peut par conséquent passer pour une vente, ni être sujette au retrait; car la réponse est que vous avez reçu pour le prix de votre héritage de 3,000 liv., la libération de pareille somme de 3,000 liv. qui vous restait à payer, pour le prix de la vente que je vous ai faite de mon héritage de 12,000 liv., laquelle libération est quelque chose d'équipollent à deniers. Cette opinion, que notre Coutume a embrassée, me paraît préférable à la première, et plus conséquente au principe des Coutumes qui réputent contrat de vente en entier le contrat d'échange, dans lequel la soulte en deniers ou choses mobilières excède la valeur de la moitié de l'un des héritages.

94. Lorsque les parties contractantes ont déguisé, sous la fausse apparence d'un contrat d'échange, un contrat de vente, et que la fraude est découverte, le contrat donne lieu au retrait.

C'est pourquoi, si les lignagers justifiaient qu'il y a eu convention que celui, qui a acquis

l'héritage propre de leur parent, racheterait pour une certaine somme celui qu'il lui a donné en contre-échange, le contrat étant moins, en ce cas, échange, qu'un contrat de vente déguisé sous la fausse apparence d'échange, donnerait lieu au retrait. Cette convention peut se preuver non seulement par le rapport de la contre-lettre qui la contient, mais même par témoins, car c'est une fraude faite aux lignagers, au pouvoir desquels il n'a pas été de s'en procurer une preuve par écrit; *Traité des obligations*, n. 811.

Les lignagers peuvent aussi être admis à déférer le serment à l'acquéreur, sur le fait de cette convention qu'ils prétendent être intervenue, et dont ils n'ont pas la preuve. Plusieurs Coutumes, comme Bourgogne, Nivernais, etc., en ont des dispositions.

Il y a un cas où il n'est pas besoin de justifier cette fraude, et où elle se présume; c'est lorsque l'héritage, donné par l'acquéreur en contre-échange, lui a été revendu dans l'an du contrat. Orléans, *art.* 386, et plusieurs autres Coutumes, en ont des dispositions, qui, étant fondées en grande raison, doivent avoir lieu dans celles qui ne s'en sont pas expliquées.

95. C'est aussi une présomption de fraude, lorsque celui, qui a acquis par échange l'héritage, est demeuré en possession de celui qu'il avait donné en contre-échange. C'est l'avis de Tiraqueau, de Lalande, etc. Bourbonnais, *art.* 459, en a une disposition; elle dit : « Contrat de permutation est présumé simulé, si le « permutant est trouvé saisi, possesseur et détenteur de la chose qu'il aurait donnée par « permutation, dedans l'an après ledit contrat. »

96. L'échange doit passer pour frauduleux, et pour une vente déguisée, soit que vous vous soyez obligé de racheter vous-même, pour une certaine somme d'argent, l'héritage ou la rente que vous m'avez donnés en contre-échange, soit que vous vous soyez obligé de les faire racheter par d'autres. La Coutume d'Anjou, *art.* 354, en a une disposition. Elle dit qu'il y a fraude, si l'acheteur premet acheter ou *faire* acheter le contre-échange, en bailler ou faire bailler deniers, en manière que, par le moyen d'icelle promesse, le contre-échange ne demeurât ès mains de celui à qui il a été baillé. Néanmoins Lalande cite un arrêt, qui a jugé que l'héritage échangé contre une rente ne donnait pas lieu au retrait, quoique, par le contrat, l'acquéreur de l'héritage se fût obligé de faire racheter la rente par un tiers. Mais je ne puis approuver la décision de cet arrêt, étant évident que celui qui échange avec cette paction, dans la vérité a intention de vendre, et non d'échanger, et n'a pris cette tournure que pour déguiser le contrat de vente.

97. Le contrat d'échange d'un héritage contre une rente n'en est pas moins un vrai contrat d'échange, et ne donne pas lieu au retrait, quoique l'acheteur de l'héritage s'oblige de fournir et faire valoir la rente qu'il donne en contre-échange.

98. Lorsque j'échange mon héritage contre le vôtre, sous la condition que vous pourrez racheter le vôtre pour une certaine somme, y a-t-il lieu au retrait de mon héritage que je vous ai échangé sous cette clause? Peut-on tirer argument du bail à rente qui donne lieu au retrait, lorsque, par le bail, la faculté est accordée à l'acquéreur de racheter la rente? Les espèces sont très différentes. Lorsque je donne mon héritage à rente, je ne reçois rien à la place, mais je m'y retiens un droit de rente. Le bail et le rachat de la rente, qui est fait en vertu d'une clause du bail, et en est par conséquent l'exécution, sont deux actes qui composent ensemble l'aliénation de mon héritage pour la somme d'argent que je reçois pour le rachat de la rente. Au contraire, lorsque j'échange mon héritage contre le vôtre, sous la condition que vous pourrez racheter le vôtre, j'aliène, par cet échange, tout le droit que j'avais dans mon héritage, et je l'aliène, non à prix d'argent, mais pour l'héritage que je reçois de vous en contre-échange. La somme d'argent, que je reçois depuis, lors du rachat de votre héritage, je ne la reçois pas pour mon héritage que je vous ai échangé puisque je n'y avais retenu aucun droit, mais je la reçois pour le rachat du vôtre. Il faut néanmoins convenir qu'il y a quelque raison pour soutenir qu'il peut y avoir lieu au retrait de mon héritage, non lors du contrat d'échange, mais lors du rachat que vous me faites de votre héritage, en exécution de la clause du contrat. Cette raison est que le rachat, que vous faites de votre héritage, se faisant en exécution d'une clause du contrat d'échange, vous rentrez dans votre héritage plutôt que vous ne l'acquérez de nouveau. Le rachat que vous en faites n'est pas un nouveau titre d'acquisition, mais c'est la résolution de l'aliénation que vous en aviez faite, et de l'échange que vous en aviez fait contre le mien. Cette somme, que vous me donnez pour ce rachat, est une somme que vous me donnez à la place de votre héritage pour le prix du mien : l'échange, que j'ai fait de mon héritage contre le vôtre, se convertit donc, par ce rachat que vous faites du vôtre en exécution de notre contrat, en une véritable aliénation à prix d'argent, qui doit donner lieu au retrait dans l'année du jour de l'insinuation de l'acte de rachat, qui a opéré

cette conversion de l'échange en une aliénation à prix d'argent. Je n'oserais pas, néanmoins, assurer cette décision, n'étant pas fondé en autorité, et ne me souvenant pas d'avoir vu nulle part cette question traitée.

§ II. Du bail a rente non rachetable.

99. Le bail à rente non rachetable est aussi un contrat qui n'est pas équipollent à vente.

Il en est tout différent. Le prix en argent, qu'un acheteur s'oblige de payer, fait le caractère du contrat de vente; au contraire, par le bail à rente, il n'y a pas proprement de prix : la rente, que le preneur s'oblige de payer pour l'héritage, est un droit que le bailleur retient dans l'héritage; c'est une charge de l'héritage, plutôt qu'une dette de la personne du preneur.

Par ces raisons, la plupart des Coutumes décident que le bail à rente non rachetable ne donne pas lieu au retrait.

Notre Coutume d'Orléans, *art.* 188, en a une disposition. Celle de Paris, en déclarant, *art.* 137, le bail à rente *rachetable* sujet au retrait, fait assez entendre que le bail à rente, fait sans cette faculté, n'y est pas sujet.

100. Le bail à rente n'étant exempt du retrait qu'autant qu'il est bail à rente non rachetable; quoique le bail n'exprime aucune faculté de racheter, si les lignagers peuvent justifier, ou par écrit, ou même par témoins, que cette faculté a été accordée par une clause secrète, le bail donnera lieu au retrait : ils peuvent même, sur la vérité de ce fait, déférer le serment à l'acquéreur.

101. Lorsque le rachat de la rente a été fait dans l'an du bail, le bail est réputé frauduleux, et en conséquence donne lieu au retrait. La Coutume de Sedan, *art.* 227, en a une disposition; elle dit : « Sont retrayables les héritages « baillés à rente, si la rente est rachetée dans « l'an, parce qu'en ce cas ils sont réputés baillés « à rente rachetable, encore que cela ne soit « porté par le contrat. »

Quelques autres Coutumes disent aussi qu'en ce cas il doit y avoir lieu au retrait de l'héritage et de la rente. Je pense que ces décisions, comme très équitables, doivent être suivies dans notre Coutume d'Orléans, et qu'on peut tirer argument de ce qu'elle a décidé, *art.* 386, pour le cas de l'échange.

102. Plusieurs Coutumes exigent aussi, pour que le bail à rente non rachetable ne donne pas lieu au retrait, que, par le bail, il n'y ait pas *bourse déliée*, qu'il n'y ait pas *argent baillé, ou promis bailler;* Melun, Sens, Château-Neuf, etc. Notre Coutume, *art.* 389, décide aussi qu'il y a lieu au retrait, « Si par le bail il « y a quelque somme de deniers ou somme mo« bilière baillée, ou promise bailler. »

Nous avons établi, dans nos notes sur cet article, qu'il fallait pour cela, au moins dans notre Coutume, que cette somme excédât la moitié de la valeur de l'héritage.

§ III. Du contrat de société, et de l'ameublissement.

103. Le contrat de société est un contrat qui n'est ni équipollent, ni ressemblant au contrat de vente. C'est pourquoi, lorsque j'ai contracté une société de biens avec un étranger, dans laquelle j'ai fait entrer un héritage propre, et que, depuis, par le partage qui se fait des biens de la société, cet héritage est tombé au lot de mon associé; quoique ce contrat de société, et le partage dont il a été suivi, renferment de ma part une aliénation que j'ai faite de mon héritage propre hors de ma famille, il n'y aura pas ouverture au retrait lignager, parce que le contrat de société, qui est le titre de cette aliénation, n'est pas un contrat équipollent à vente.

Suivant ce principe, il me semble qu'on doit décider que, lorsque l'un des conjoints par mariage a ameubli ses héritages propres, ses lignagers ne peuvent exercer le retrait lignager sur l'autre conjoint, au lot duquel lesdits héritages seraient tombés dans le partage de la communauté. En vain oppose-t-on que l'héritage, ameubli par l'un des conjoints, conserve toujours, nonobstant l'ameublissement, sa qualité de propre. Je réponds : Cela est vrai, jusqu'à ce qu'il soit passé à l'autre conjoint par le partage de communauté; mais, en ce cas, il perd sa qualité de propre : le titre, en vertu duquel l'autre conjoint en devient propriétaire, est la convention d'ameublissement, convention qui fait partie du contrat de société, et ne peut donner ouverture au retrait, parce que le contrat de société n'est pas un contrat ressemblant et équipollent au contrat de vente.

§ IV. De la donation.

104. Il est évident que la donation n'est pas un acte équipollent à vente, rien ne pouvant y être plus opposé : ainsi elle ne donne pas lieu au retrait. Il y a encore d'autres raisons. Le retrait étant le droit de prendre le marché d'un autre, la donation, qui n'est pas un marché, n'en peut être susceptible; d'ailleurs, la liberté naturelle, que chacun doit avoir de disposer, comme bon lui semble, de sa chose, recevrait une très grande atteinte, si le retrait était accordé contre la donation, le donateur ayant voulu faire passer sa chose à la personne du donataire, par une considération personnelle

pour lui : au lieu que, dans le contrat de vente, le vendeur est présumé n'avoir d'autre intention que d'avoir le prix qu'il s'est proposé d'avoir; il n'y entre aucune considération personnelle pour la personne de l'acheteur : pourvu que le vendeur ait ce prix, il ne lui importe pas que ce soit à l'acheteur ou au lignager que son héritage passe; il doit même être plus content qu'il passe au lignager, et reste dans sa famille.

105. Pour que la donation ne donne pas lieu au retrait, il faut, de même que pour l'échange et le bail à rente, que l'acte de donation ne soit pas tellement mêlé de vente, que la nature de la vente y prédomine; ce qui arrive lorsque la donation est faite pour récompense de services ou à des charges, et que ces services et ces charges sont appréciables à une somme d'argent qui excède la moitié de la valeur de l'héritage qui fait l'objet de la donation. C'est en ce sens que notre Coutume d'Orléans, *art.* 387, dit : *En donation pure et simple, n'y a retrait.*

106. Il n'y a que ces donations que la Coutume entend exclure de sa disposition par ces termes, *pure et simple.* Une donation, quoique faite pour récompense de services ou à des charges, n'est pas, pour cela, sujette à retrait, lorsque les services ou les charges ne sont pas appréciables à prix d'argent, ou lorsque la somme, à laquelle ils sont appréciables, n'excède pas la moitié de la valeur de l'héritage.

107. Une donation d'héritages, quoique mutuelle, faite au survivant des deux donateurs, n'est pas non plus sujette au retrait.

Mais si le donataire d'un héritage fait, dans le même temps, de son côté, au donateur, donation d'une somme d'argent, ou de choses mobilières excédant la moitié de la valeur de l'héritage donné, la présomption est que ces deux donations ne sont faites que pour déguiser la vente de l'héritage pour ladite somme d'argent ou lesdites choses mobilières : c'est pourquoi il doit y avoir lieu, en ce cas, au retrait.

108. Observez que la règle, que nous avons établie, que, dans les contrats mixtes, on s'attache, pour juger de la nature de l'acte, moins au nom qu'on a donné à l'acte, qu'à ce qui y prédomine, est une règle qui a lieu, lorsqu'on a donné à l'acte le nom d'un contrat non sujet au retrait, comme d'échange, de bail à rente ou de donation. Cette règle est nécessaire, dans ces cas, pour empêcher les fraudes qu'on pourrait commettre contre le droit des lignagers, en travestissant un contrat de vente sous le nom de ces contrats. Mais cette règle n'a pas lieu, dans le cas inverse, lorsqu'on a vendu un héritage pour une certaine somme, et que, par le contrat, on a fait remise à l'acheteur de la plus grande partie de cette somme; quoique la nature de la donation paraisse prédominer dans ce contrat, on s'en tient au nom qu'on a donné à l'acte, et il y a lieu au retrait. La raison de différence est, qu'en ce cas, il n'y a aucune fraude à craindre; il y a lieu de croire que celui, qui a disposé de cette manière, a voulu disposer par vente, à dessein de conserver le droit de retrait lignager à sa famille : en quoi il ne commet aucune fraude, étant le maître de faire de telle manière et à telle charge que bon lui semble, l'avantage qu'il veut faire par cet acte à l'acquéreur.

Sur la question, si le retrayant doit, en ce cas, payer à l'acheteur tout le prix, même pour la part dont on lui a fait remise, voyez *infrà, chap.* 9.

109. Si le contrat, qualifié de contrat de vente, portait une remise entière du prix, il est évident, en ce cas, que ce contrat serait une vraie donation, et ne serait point un contrat de vente; car il est de l'essence de la vente qu'il y ait un prix que l'acheteur s'oblige de payer; c'est pourquoi l'acte ne pourrait donner ouverture au retrait.

Il en serait autrement si ce n'était pas par l'acte même, mais *ex intervallo,* que la remise du prix eût été faite. Cela n'empêcherait pas le retrait; car il suffit, pour qu'il y ait eu contrat de vente, et ouverture au retrait, qu'il y ait eu une obligation de payer le prix, quoiqu'elle ait été depuis éteinte par la remise que le vendeur en a bien voulu faire.

§ V. DE LA TRANSACTION.

110. On a demandé si la transaction, par laquelle l'une des parties, qui se disputaient la propriété d'un héritage, laisse cet héritage à l'autre, moyennant une certaine somme qu'il reçoit d'elle, était un acte équipollent à vente, qui donnât lieu au retrait lignager. Quelques docteurs ont pensé que la transaction n'y donne pas lieu, lorsque l'héritage demeure à celui qui en était déjà en possession, mais qu'elle y donne lieu, lorsque, par la transaction, le possesseur de l'héritage le cède à l'autre partie, moyennant une certaine somme d'argent qu'il reçoit d'elle. La Coutume d'Anjou, *art.* 361, a embrassé ce sentiment. Quelques autres Coutumes, comme le Maine, *art.* 370, Clermont, *art.* 29, ont embrassé l'opinion contraire, qui me paraît préférable; et elles décident indistinctement que la transaction ne donne pas lieu au retrait, s'il n'y a fraude.

La raison est, que la transaction étant, par sa nature, *de re incertâ et dubiâ,* il demeure incertain si la partie, qui, par la transaction,

délaisse l'héritage à l'autre, moyennant une somme d'argent qu'elle a reçue d'elle, en était propriétaire, plutôt que la partie à qui elle l'a délaissée; et, par conséquent, il est incertain si cette transaction renferme une aliénation qui puisse donner lieu au retrait. C'est le raisonnement qu'emploie Dumoulin, *in Cons. Par.* § 33, *gl.* 1, *n.* 64 *et* 67, sur la question de savoir si la transaction donne ouverture aux droits seigneuriaux, question qui est semblable à celle-ci.

111. Les Coutumes, qui disent que la transaction ne donne pas lieu au retrait, ajoutent, *s'il n'y a fraude,* c'est-à-dire si ce n'est pas pour déguiser une vente que le propriétaire de l'héritage voulait faire, qu'on a feint une contestation sur la propriété de l'héritage entre les parties, et une transaction sur cette contestation. Cette fraude se présume, lorsque la partie, à qui l'héritage demeure, ou est délaissé par l'acte qualifié de transaction, donne une somme à peu près équivalente à la valeur de l'héritage. La Coutume du Maine, en l'article ci-dessus cité, en a une disposition.

§ VI. DE LA LICITATION ENTRE LES COPROPRIÉTAIRES.

112. Lorsqu'un héritage appartient en commun, et en vertu d'un titre commun, à deux propriétaires de différente famille; comme lorsqu'un héritage, acquis durant la communauté d'un mari et d'une femme, se trouve commun entre l'héritier du mari et celui de la femme; la licitation, par laquelle l'un d'eux se rend adjudicataire du total, ne donne pas ouverture au retrait lignager de la portion de son copropriétaire. La raison est, qu'un tel acte tient lieu du partage qui était à faire entre ces copropriétaires, et par conséquent ce n'est pas vente; ce licitant adjudicataire n'est pas censé acquérir quelque chose de son copropriétaire.

La jurisprudence ayant décidé que la vente, faite par un des copropriétaires, de sa portion, à l'autre copropriétaire, ne passait pas pour une véritable vente, mais était réputée acte tenant lieu de partage, de même que la licitation, et qu'ainsi elle ne donnait aucune ouverture aux droits seigneuriaux, c'est une conséquence qu'elle ne doit pas non plus donner lieu au retrait.

Le principe, que nous venons d'établir, que les licitations ne donnent pas lieu au retrait, lorsque l'un des licitans est adjudicataire, a lieu même dans la Coutume de Paris, quoiqu'elle paraisse décider formellement le contraire en l'*article* 154, où elle dit : *Portion d'héritage vendue par licitation, qui ne se peut bailler à devis, est sujette à retrait.* M. Le Camus, en ses observations sur cet article, a pensé qu'il s'était glissé une erreur dans le texte, et qu'il fallait *n'est* au lieu de *est.* Il tire argument de ce que, dans la Coutume de Calais, presque entièrement copiée sur celle de Paris, cet article se trouve en l'article 163, avec la négation. Les commentateurs de la Coutume de Paris, en conservant le texte, y ont donné différentes interprétations. Celle, qui paraît la plus plausible, est celle de Guérin, adoptée par Lemaistre. Il pense que, dans l'espèce de cet article, on doit supposer les enchères étrangères admises, l'adjudication faite à un tiers étranger, et qu'il n'y avait que la portion de l'un des licitans qui fût propre. On avait douté si les parens de ce licitant devaient être admis au retrait de cette portion contre l'adjudicataire. La raison, pour les en exclure, était, qu'en les y admettant, on donnait lieu à une nouvelle licitation; qu'il y avait d'autant plus de raison d'éviter cet embarras, et de les en exclure, qu'ils devaient s'imputer de n'avoir pas enchéri, n'ayant tenu qu'à eux. Nonobstant ces raisons, l'article décide qu'il y a lieu au retrait. Quel que puisse être le sens de cet article, tous conviennent qu'il ne doit pas être entendu en ce sens, qu'il puisse y avoir lieu au retrait lorsque l'un des licitans est adjudicataire; et on rapporte un arrêt de 1654, qui l'a jugé dans la Coutume de Paris.

113. Cette décision a lieu, lorsque la licitation se fait entre parties qui sont copropriétaires en vertu d'un titre commun. A-t-elle pareillement lieu, lorsqu'elle se fait avec un tiers acquéreur, qui a acquis la part de l'un des copropriétaires, et que ce tiers est adjudicataire? Pour bien faire entendre cette question, faisons deux suppositions. Supposons, 1° qu'un mari et une femme aient acquis en communauté un héritage; qu'après la mort de l'un et de l'autre, cet héritage soit licité entre les héritiers du mari et ceux de la femme, et que l'un des héritiers de la femme soit adjudicataire. On convient que cette adjudication ne donne pas à la famille du mari le droit de retrait de la portion du mari dans cet héritage. Supposons, en second lieu, que la licitation se fait entre les héritiers du mari, et un tiers, qui a acquis à titre singulier les droits successifs de l'un des héritiers de la femme, et que ce tiers se rende adjudicataire de l'héritage entier. La famille du mari sera-t-elle mieux fondée que dans l'espèce précédente, à prétendre le droit de retrait lignager? La raison de douter est, qu'il semble que cette seconde espèce est différente de la première. On décide, dans cette seconde espèce, que l'adjudication donne lieu au profit de lots et ventes, quoiqu'elle n'y donne pas lieu dans l'espèce précédente : d'où il semble qu'on pourrait conclure que, dans cette espèce, l'adjudication devrait donner

lieu au retrait lignager, quoiqu'elle n'y donne pas lieu dans la précédente. Néanmoins, il faut décider que, ni dans l'une ni dans l'autre espèce, il n'y a lieu au retrait lignager au profit de la famille du mari. La raison est que, ni dans l'une ni dans l'autre espèce, la licitation ne peut passer pour une véritable vente que les héritiers du mari fassent de leur portion. Si, dans la seconde espèce, il y a lieu au profit de lots et ventes pour les portions que ce tiers acquiert par la licitation, ce n'est pas qu'il acquière ces parts des héritiers du mari, et que la licitation soit un vrai titre d'acquisition; mais c'est par une raison particulière; savoir, que la part, que ce tiers a acquise de l'un des héritiers de la femme, qui, jusqu'à la licitation, n'était qu'une part indéterminée de l'héritage, est déterminée par la licitation du total de l'héritage, et par conséquent la vente de cette part, qui, avant la licitation, n'était que la vente d'une part indéterminée, et ne donnait ouverture au profit que pour une part, devient, par la licitation, la vente du total de l'héritage, et doit par conséquent donner ouverture à un profit entier qui est dû au seigneur, sous la déduction de ce qu'il a déjà reçu lors de la vente de cette part.

§ VII. DES ACTES QUI CONTIENNENT LA RÉSOLUTION D'UNE VENTE, PLUTÔT QU'UNE VENTE.

114. Les actes, qui contiennent la résolution d'une vente plutôt qu'une nouvelle vente, ne doivent pas non plus donner lieu au retrait, de même qu'ils ne donnent pas lieu aux droits seigneuriaux. Par exemple, si mon père étant mort avant que de payer le prix d'un héritage qu'il avait acheté, j'ai convention avec le vendeur qu'il rentrera dans son héritage, et qu'il me tiendra quitte du prix; mes parens ne pourront prétendre droit de retrait lignager contre ce vendeur, cet acte n'étant pas une nouvelle vente que je lui en ai faite, mais une simple résolution de celle qu'il avait faite à mon père; voyez *l'article* 112 *de la Coutume d'Orléans, et l'explication que nous en avons donnée en notre Introduction au titre des fiefs, n.* 131 *et suiv.*

115. Par la même raison, si mon père avait acheté un héritage sous faculté de réméré portée par le contrat de vente, le réméré, qu'on exercerait sur moi, ne donnerait pas à mes parens droit de retrait lignager contre le vendeur ou autre ayant ses droits, qui exercerait le réméré; car ce réméré, que je souffre, n'est pas une nouvelle vente que je fais de cet héritage, mais l'exécution d'une clause résolutoire portée au contrat de vente qui m'en avait été faite; voyez *l'article* 12 *de la Coutume d'Orléans, et nos notes.*

Il en serait autrement, si mon père ayant acheté de vous purement et simplement l'héritage auquel j'ai succédé, je vous avais, par une convention que nous avons eue ensemble, accordé le droit de réméré. Cette faculté, que je vous ai accordée, et l'exercice, que vous faites de cette faculté, ne peuvent passer pour une simple résolution de la vente que vous aviez faite à mon père; c'est une véritable vente que je vous fais d'un héritage propre, laquelle donne lieu au retrait.

Il y aurait plus de difficulté, si c'était mon père, qui, par une convention postérieure au contrat, vous eût accordé la faculté de réméré, et que ce fût sur moi, devenu son héritier, que le réméré fût exercé. Il semble, qu'en ce cas, vous pourriez opposer contre l'action en retrait de mes lignagers, que le réméré vous a été accordé dans un temps, auquel l'héritage était un acquêt de mon père, et n'était pas encore sujet au retrait; que mon père a pu en conséquence vous accorder une faculté de réméré cet héritage, qui ne fût pas sujette au retrait, et que l'héritage m'ayant passé avec cette charge, vous pouvies exercer contre moi le réméré, sans être sujet au retrait. Il faut, nonobstant ces raisons, décider que vous êtes sujet au retrait lignager. La faculté de réméré, qui vous a été accordée par la convention intervenue entre mon père et vous depuis le contrat, n'était pas encore la vente de l'héritage; ce n'était qu'une promesse de vous le vendre si vous vouliez l'acheter : la vente ne s'est faite que lors de l'exercice du réméré, et dans un temps où l'héritage était devenu propre paternel; la qualité de propre, qu'il a lors de la vente, le rend sujet au retrait. Vous ne pouvez prétendre que l'héritage ne m'a passé qu'à la charge du réméré; car il n'a jamais été affecté à cette charge. Il le serait sans doute, si la faculté eût été accordée par le contrat de vente, parce qu'elle serait, en ce cas, une condition de l'aliénation : mais lorsqu'elle est accordée par une convention postérieure à l'aliénation, elle ne peut produire qu'une simple action personnelle : car on ne peut, par de simples conventions, *nudis conventionibus*, acquérir aucun droit d'affectation, ni aucun droit dans une chose.

116. Lorsqu'une rente foncière, créée sous faculté de rachat, est rachetée par le débiteur en vertu de cette faculté, ce rachat n'est qu'une résolution et extinction de cette rente, faite en exécution d'une clause sous laquelle elle avait été créée, qui ne donne pas, par conséquent, ouverture au retrait lignager.

Il y a plus de difficulté lorsque le créancier d'une rente foncière non rachetable en reçoit volontairement du débiteur le rachat. Il semble que, même en ce cas, il ne doit pas y avoir lieu

au retrait. 1° Cet acte était plutôt une libération de l'héritage, qui était chargé de cette rente, qu'une acquisition de cette rente. 2° Par ce rachat la rente est éteinte, et on ne peut pas exercer le retrait de ce qui n'existe plus. Nonobstant ces raisons, Dumoulin, § 20, *gl.* 5, *q.* 15, *n.* 58, décide qu'il y a lieu au retrait féodal, et il y a même raison de le décider pour le retrait lignager. La raison est que, la rente n'étant pas rachetable, le rachat, que le créancier permet au débiteur de faire, est une véritable vente volontaire qu'il lui fait de cette rente, semblable à celle qu'il ferait à des tiers, et qui doit donner ouverture au rachat. A l'égard des objections, on oppose que le rachat est une libération plutôt qu'une acquisition. Je réponds, en niant le principe : Le débiteur, par ce rachat que le créancier lui permet de faire, acquiert véritablement la rente. Il acquiert un plus grand droit dans l'héritage que celui qu'il avait, puisqu'il n'en était propriétaire que sous la déduction de la rente dont cet héritage était chargé, et qu'il acquiert ce qui manquait à la plénitude de sa propriété. La libération de l'héritage et l'extinction de la rente ne sont que des effets qu'auraient l'achat et l'acquisition que ce débiteur a faits de la rente, si cet achat et cette acquisition subsistaient perpétuellement en sa personne: mais cet achat et cette acquisition n'étant que momentanés, au moyen du retrait, soit féodal, soit lignager, qui fait passer l'achat de cette rente en la personne du retrayant, ils ne peuvent opérer une libération et une extinction perpétuelle de la rente, une cause momentanée ne pouvant produire qu'un effet momentané. L'héritage n'est donc, par ce rachat, libéré de la rente, que tant que l'achat de cette rente subsiste en la personne du débiteur propriétaire de l'héritage qui l'a rachetée, c'est-à-dire jusqu'au temps du retrait : la rente est, jusqu'à ce temps, plutôt suspendue qu'éteinte : ce qui sert de réponse à la seconde objection.

On m'a fait cette objection : Le rachat volontaire de la rente foncière, que le propriétaire de cette rente a permis qu'on lui fit, éteint, par l'extinction de la rente que ce rachat opère, les hypothèques des créanciers du propriétaire de cette rente : donc il doit pareillement éteindre le droit de retrait de ses lignagers. Je réponds qu'il n'y a pas même raison. Le droit de retrait consiste, comme nous l'avons dit, à faire passer, en la personne du retrayant, l'achat de l'acquisition de la rente qu'avait faite le débiteur, ce qui empêche l'extinction de la rente. Il n'en est pas de même du droit d'hypothèque des créanciers : ce droit n'empêche pas que l'achat, que fait un tiers d'une chose hypothéquée, ne subsiste en sa personne : les créanciers ont seulement le droit d'exercer leurs hypothèques sur cette chose, tant qu'elle subsiste; mais lorsque la chose, qui leur a été hypothéquée, est une rente qui leur a été rachetée par le débiteur, cette rente ayant été éteinte par l'achat qu'en a fait le débiteur, et qui subsiste en sa personne, les créanciers n'ont plus d'hypothèque sur une chose qui n'existe plus.

Si la rente, rachetée par le débiteur, avait été retirée sur lui par retrait lignager, l'achat de cette rente ne subsistant pas, en ce cas, en la personne de ce débiteur, et ne s'étant fait par conséquent aucune confusion ni extinction de la rente, les hypothèques subsisteraient, et pourraient être exercées contre le lignager qui en a exercé le retrait.

§ VIII. DES VENTES NULLES, ET DES VENTES SIMULÉES.

117. Les docteurs ont assez inutilement agité la question, si les ventes nulles et les ventes simulées donnaient lieu au retrait. Il est clair que ces ventes, en tant qu'on les considère comme nulles ou comme simulées, ne peuvent donner lieu au retrait, puisqu'elles ne sont pas de véritables ventes; mais l'acheteur n'étant pas recevable à opposer lui-même la nullité ou la simulation de son titre d'acquisition, ne peut éviter de délaisser l'héritage sur la demande en retrait des lignagers du vendeur. Ces lignagers prendront le marché tel qu'il est. Si c'est une vente nulle ou simulée, qui ne donnait à l'acheteur, sur qui ils ont exercé le retrait, aucun droit dans l'héritage, ils n'acquerront, par le retrait, pas plus de droit que n'en avait l'acheteur sur qui ils l'ont exercé, et ils seront sujets aux mêmes actions auxquelles aurait été sujet l'acheteur, de la part du vendeur ou de ses héritiers ou successeurs, aux fins de faire prononcer la nullité du contrat ou la simulation.

118. Observez que, pour que le vendeur puisse justifier contre le lignager la simulation du contrat, il faut qu'il rapporte une contre-lettre pardevant notaire, de même date que le contrat, ou d'une date antérieure. Une contre-lettre sous signature privée ne suffit pas; car ces actes pouvant être antidatés, ne font pas foi de leur date contre les tiers; voyez *notre Traité des obligations, n.* 750.

119. Le retrayant majeur, qui a exercé le retrait pour un marché nul et sujet à rescision, venant à être évincé par le vendeur de l'héritage qu'il a retiré, n'a aucun recours contre l'acheteur sur qui il a exercé le retrait. Il doit s'imputer d'avoir voulu prendre pour son compte le marché. Néanmoins, s'il avait été trompé par cet acheteur, qui lui aurait caché le vice de

son marché, dont ledit acheteur avait connaissance, il pourrait se faire restituer, *ex causâ doli*, contre le retrait qu'il a exercé; et, en conséquence, faire condamner cet acheteur à lui rendre tout ce qu'il lui a payé pour la cause dudit retrait, sous la déduction de ce qu'il aurait reçu du vendeur par qui il a été évincé.

Par la même raison, lorsque le marché est simulé, le retrayant majeur est restituable *ex causâ doli*, contre le retrait qu'il a exercé sur l'acheteur, qui ne l'a pas averti de la simulation qu'il ne pouvait ignorer.

120. Le retrayant peut aussi, par la seule cause de sa minorité, se faire restituer contre le retrait qu'il a exercé, quoiqu'il ne soit intervenu aucun dol de la part de l'acheteur sur qui il l'a exercé; Tiraqueau, *ad finem tit.*, *n.* 51; Grimaudet, IV, 34, 35.

ARTICLE IV.

De quand les contrats, qui sont sujets au retrait, y donnent-ils ouverture.

121. C'est une question, si la vente, faite à un étranger, donne ouverture au retrait lignager aussitôt qu'elle est parfaite par le consentement des parties, quoiqu'elle n'ait pas été consommée par la tradition. Dumoulin, *in Cons. Par.*, § 20, *gl.* 3, *n.* 10, tient l'affirmative. La raison est, que le droit de retrait lignager étant le droit qu'ont les lignagers d'être préférés aux étrangers, et de prendre leur marché, lorsqu'un héritage de leur famille est vendu, il suffit qu'il y ait un marché parfait et conclu, pour que le droit de retrait soit ouvert. Si l'on ne peut retirer sur l'acheteur l'héritage même, avant qu'il en ait été mis en possession par la tradition, on peut retirer sur lui l'action *ex empto* qu'il a pour se le faire délaisser. L'acheteur, dont le lignager vent prendre le marché par le retrait qu'il exerce sur lui, n'a aucun intérêt d'opposer contre la demande du lignager le défaut de tradition de l'héritage; car cela est indifférent à cet acheteur, qui n'a d'autre intérêt que d'être indemnisé. Quant à l'objection qu'on fait, que l'héritage, quoique vendu à un étranger, étant encore dans la famille jusqu'à la tradition, il ne peut y avoir encore lieu au retrait, qui n'est établi que pour y faire rentrer les héritages qu'on en a fait sortir; la réponse est, que cette objection suppose ce qui est en question. Le retrait lignager est établi pour la conservation des héritages dans les familles. Il parvient à cette fin, soit qu'il s'exerce après la tradition, en faisant rentrer dans la famille l'héritage que l'exécution de la vente faite à l'étranger en avait fait sortir, soit qu'il s'exerce avant la tradition, en empêchant que cette vente ne l'en fasse sortir.

On peut encore, contre la décision de Dumoulin, tirer argument des termes de l'*art.* 129 de la Coutume de Paris, *quand aucun a vendu et transporté*, pour soutenir qu'il ne suffit pas que l'héritage ait été vendu, et qu'il faut encore que la tradition soit intervenue. Dumoulin répond à cette objection en disant qu'il ne faut pas trop presser les termes des Coutumes; que ces termes, *et transporté*, ne doivent pas être entendus d'une manière *restrictive*, mais *énonciative*, parce qu'ordinairement c'est par la tradition, qui transporte à l'acheteur étranger l'héritage, que la vente est connue et qu'elle donne lieu au retrait. La question souffre difficulté.

122. Lorsque la vente a été contractée sous une condition suspensive, y a-t-il lieu au retrait avant l'accomplissement de la condition? On pourrait peut-être dire qu'il suffit qu'il y ait eu un marché, quoique fait sous une condition, pour que le lignager doive être admis à prendre pour son compte ce marché tel qu'il est, et à la charge de la condition sous laquelle il a été contracté. Néanmoins, je pense qu'on doit décider qu'il n'y a pas lieu au retrait jusqu'à l'accomplissement de la condition, parce qu'il n'y a pas encore de vente, et que c'est la vente qui produit le retrait. C'est ce que décide Dumoulin, *d.* § 20, *gl.* 5, *n.* 23.

Lorsque la condition n'est que résolutoire, la vente étant, en ce cas, parfaite, il n'est pas douteux qu'elle donne ouverture au retrait.

123. Lorsque la vente a été faite par un autre que par le propriétaire, quoique la tradition soit intervenue, ce n'est que du jour du consentement donné à la vente par ce propriétaire, qu'il y a ouverture au retrait, au profit de la famille de ce propriétaire, car ce n'est que par ce consentement qu'il est censé vendre, et que l'héritage est mis hors de la famille.

Il en est autrement lorsqu'on a vendu l'héritage de quelqu'un en vertu de sa procuration, quoiqu'on ait promis de rapporter, pour plus grande sûreté, une ratification : l'action en retrait est ouverte par le contrat, sans qu'il soit besoin d'attendre la ratification, qui est superflue.

124. Pareillement lorsqu'un mineur a vendu son héritage propre, et que, devenu majeur, il ratifie, c'est du jour du contrat de vente que le retrait est ouvert; car la nullité de l'aliénation des héritages des mineurs n'est pas une nullité absolue, mais relative, et en faveur du mineur seulement. L'acte n'est nul que dans le cas auquel le mineur, ou ceux qui succèdent à ses droits, jugeraient à propos de s'en plaindre, et d'avoir recours aux lettres de rescision. L'acte, par lequel il ratifie en majorité, est un acte par lequel

il renonce à s'en plaindre; mais ce n'est pas par cet acte, c'est par la vente qu'il a faite de son héritage, qu'il l'a mis hors de sa famille; et c'est cette vente qui donne ouverture au retrait, et non la ratification.

125. Il semble qu'il en doit être autrement d'une vente, qu'une femme sous puissance de mari aurait faite sans être autorisée, et qu'elle aurait ratifiée en viduité : l'acte, qu'elle a fait sous puissance de mari, est un acte absolument nul; la ratification, qu'elle en a faite en viduité, n'est pas proprement une ratification, ce qui est nul ne pouvant être confirmé; c'est un vrai contrat de vente qu'elle a fait de nouveau, par lequel elle a mis son héritage propre hors de sa famille. La vente, qu'elle en avait faite, lorsqu'elle était sous puissance de mari, ne l'en a pas fait sortir, puisque cette vente étant un acte absolument nul, ne pouvait avoir aucun effet.

126. Il y a certaines causes, qui arrêtent l'ouverture du droit de retrait, telles que sont, 1° la communauté de biens, en laquelle est l'acquéreur étranger conjoint par mariage avec une personne lignagère, tant que cette communauté dure; 2° les enfans lignagers de l'acquéreur étranger, tant qu'il y a espérance qu'ils succéderont à l'héritage. Voyez *sur ces deux causes qui arrêtent l'ouverture du retrait, le chapitre suivant, art.* 3.

CHAPITRE V.

A qui le retrait lignager est-il accordé? Par qui et sur qui peut-il être exercé?

ARTICLE PREMIER.

A qui le retrait est-il accordé?

127. Le retrait lignager est accordé par les Coutumes à la famille du vendeur. De là deux questions. La première : qui est, dans cette matière, réputé le vendeur, à la famille duquel le droit de retrait lignager est accordé? la deuxième: quelle est la famille du vendeur à qui ce droit est accordé?

§ I. QUI EST RÉPUTÉ LE VENDEUR A LA FAMILLE DUQUEL LE RETRAIT LIGNAGER EST ACCORDÉ.

128. Le vendeur, dans cette matière, est celui qui aliène son héritage à titre de vente, ou à quelque autre titre équipollent à vente, soit que ce soit lui-même qui l'ait vendu, soit qu'il ait seulement consenti, ou qu'il ait été forcé de consentir à la vente qui en a été faite par un autre.

Suivant ce principe, lorsque c'est le mari, qui a vendu en son nom l'héritage propre de sa femme, et que la femme a seulement consenti à la vente, c'est la femme, qui, dans cette matière de retrait lignager, est censée la venderesse, et c'est au profit de la famille de la femme que le retrait lignager est ouvert; car c'est la femme qui, par le consentement qu'elle a donné à cette vente, a aliéné cet héritage, et l'a mis hors de sa famille.

129. Dans les Coutumes, qui accordent le retrait des acquêts, lorsqu'un mari vend un héritage conquêt de sa communauté, la famille de la femme a-t-elle droit de retrait lignager? ou ce droit appartient-il pour le total à celle du mari? On peut dire, pour la famille de la femme, que le mari n'est seigneur et propriétaire des conquêts, qu'en sa qualité de chef de la communauté; ce n'est qu'en cette qualité qu'il les vend : d'où il semble suivre que la femme est censée les vendre conjointement avec lui, *ejus organo*, et pour la part qu'elle y a eu moins *habitu;* et conséquemment que le droit de retrait doit être ouvert au profit de sa famille pour cette part.

Nonobstant ces raisons, Tiraqueau, *art.* 32, *n.* 100, décide que le droit de retrait appartient pour le total de l'héritage à la famille du mari, et que celle de la femme n'y peut prétendre aucune part. La raison est, que, pendant que la communauté dure, le mari, suivant notre droit coutumier, est réputé seul seigneur *formaliter* des acquêts qu'il a faits durant la communauté; le droit qu'y a la femme n'est qu'un droit *in spe et in habitu*, qui se termine à celui de prendre part aux biens dont la communauté se trouvera composée lors de la dissolution. La condition, d'où dépend tout le droit qu'elle y peut prétendre, venant à défaillir par l'aliénation même qui en est faite, elle ne peut être considérée comme ayant véritablement une part dans les conquêts que son mari vend durant la communauté, et conséquemment sa famille n'en peut prétendre le retrait.

Tiraqueau apporte une exception à sa décision, et il dit que, si la femme a été venderesse du conquêt avec son mari, la famille de la femme aura part au retrait pour moitié; et il est suivi par Grimaudet, IV, II. Je pense que, même en ce cas, la famille de la femme n'a aucune part au retrait; les mêmes raisons militent. L'héritage, qui est vendu, n'en est pas moins un héritage dans lequel la femme n'avait pas encore un droit formé : si elle s'en est porté venderesse, c'est pour donner plus de sûreté à l'acheteur : la femme se porte venderesse, en ce cas, de même qu'un étranger pourrait se porter vendeur.

130. Lorsque le mari vend seul un héritage propre de sa femme qu'elle a ameubli, le droit de retrait appartient-il à la famille de la femme? La raison de douter est, que si la vente de l'héritage propre de la femme, qui n'est pas ameubli, donne lieu au retrait, c'est que la femme, par le consentement qu'elle donne à cette vente, aliène cet héritage, dont elle était demeurée la véritable propriétaire; au lieu que, dans la vente, que fait le mari d'un propre ameubli de sa femme, le consentement de la femme n'intervient point, et n'est point nécessaire pour l'aliénation de cet héritage : il a, par l'ameublissement, cessé d'appartenir à la femme, et il appartient au mari, qui, durant le mariage, est le seul seigneur des biens de la communauté, dont les propres ameublis de la femme font partie. La femme ne peut donc pas être considérée comme la venderesse de cet héritage, et la vente, qui en est faite, ne peut par conséquent donner ouverture au retrait au profit de sa famille. Nonobstant ces raisons, il faut décider que la vente du propre ameubli de la femme, quoique faite par le mari seul, donne lieu au retrait lignager au profit de la famille de la femme. La raison est, que l'ameublissement n'est qu'une fiction, qui n'a lieu que pour l'intérêt du mari, et des héritiers du mari, à l'effet que le mari et ses héritiers aient droit de le partager avec la femme et les héritiers de la femme, de même que s'il était véritablement un bien de la communauté, et à l'effet que le mari ait le droit d'en disposer comme des biens de la communauté. Mais, suivant la maxime, que les fictions n'ont pas d'effet hors les cas pour lesquels elles sont établies, *Fictio non operatur ultra casum fictionis;* dans tous les cas, dans lesquels il n'est pas question de l'intérêt du mari, le propre ameubli de la femme conserve sa qualité de propre qu'il avait avant le mariage. C'est en conséquence de ce principe, que ces propres ameublis sont sujets aux réserves coutumières dans le testament de la femme, et que la succession en appartient aux héritiers des propres de la femme, sans préjudice de la part qu'y doit avoir le mari. Suivant le même principe, on doit décider que la vente, que le mari fait des propres ameublis de la femme, est véritablement la vente d'un propre de la femme, qui doit donner ouverture au retrait au profit de la famille de la femme. L'ameublissement renferme un consentement à la vente qu'il plaît au mari de faire de cet héritage, lequel consentement rend la femme venderesse de cet héritage : l'ameublissement ne l'en a pas encore expropriée; elle ne peut l'être que par la vente ou autre disposition qu'en fait le mari, ou par un partage de la communauté, par lequel l'héritage ameubli tomberait au lot du mari, ou des héritiers du mari, lequel partage est l'exécution réelle et la consommation de l'ameublissement. C'est ce qu'enseigne Dumoulin, *in Cons. Par.*, § 78. *gl.* 1, *n.* 104. *Si maritus in vim, dictæ clausulæ* (d'ameublissement) *totum domum vendat, tota cedit in jus retractûs proximitatis cognatis filiæ...... non obstante dictâ clausulâ contractûs matrimonii, quæ non concernit nisi interesse mariti tantùm.*

Ailleurs le même Dumoulin, *in not. posth.*, *ad* § 184, *n.* 6, fait difficulté d'assujettir au retrait envers la famille de la femme, la part du mari dans le propre ameubli de la femme : il finit néanmoins par dire qu'il est favorable de l'y assujettir pour le total. Je pense qu'on le doit décider ainsi par les raisons ci-dessus rapportées : c'est l'avis des annotateurs de Duplessis, sur le chapitre 6.

131. Suivant notre principe, lorsque l'héritage propre d'un débiteur est, sur la saisie réelle qui en a été faite par ses créanciers, vendu et adjugé par décret, c'est ce débiteur saisi qui en est censé le vendeur, et c'est, en conséquence, au profit de sa famille qu'il y a ouverture au retrait lignager; car c'est lui qui l'aliène, et qui en est censé le vendeur, par le consentement qu'il est forcé de donner à la vente et à l'adjudication qui en est faite.

Il en est de même, si l'héritage était saisi et vendu sur un curateur à sa succession vacante; car sa succession vacante le représente, suivant cette règle de droit, *Hereditas personæ defuncti vicem sustinet.*

132. Mais si, sur la demande hypothécaire d'un créancier de celui, de qui mon père avait acquis l'héritage qu'il m'a transmis dans sa succession, j'ai délaissé cet héritage, et qu'il ait été saisi et vendu par décret sur un curateur au délais, il n'y aura pas ouverture au retrait; *Paris, art.* 153. On ne peut pas dire, en ce cas, que ce soit moi qui suis censé le vendre et l'aliéner par la vente qui en est faite sur ce curateur au délais, puisque ce n'est pas sur moi qu'il est vendu, et que je l'avais abdiqué par le délais que j'en ai fait.

Il en serait autrement si, sur cette action, je m'étais laissé condamner au paiement de la somme pour laquelle l'héritage était hypothéqué, et que je l'eusse laissé saisir et vendre sur moi.

133. Lorsqu'un débiteur a fait une cession de ses biens à ses créanciers, qui, en conséquence, les vendent en direction, les lignagers du débiteur ont droit de retrait : car c'est lui qui est censé le vendeur par le ministère de ses créanciers, la cession qu'il a faite ne renfermant qu'un pouvoir qu'il donne à ses créanciers de vendre ses biens et d'en percevoir le prix, et les fruits jusqu'à la vente, en paiement de leurs créances; *arrêt dans Montholon*, 123; *Leprestre*, 11, 34, *et autres*.

134. Il résulte de tout ce qui a été dit ci-dessus, que, lorsque ce n'est pas en mon nom, et comme chose à moi appartenante, que je vends l'héritage d'autrui, mais au nom de celui qui en est le propriétaire, qui y consent, ou est forcé d'y consentir, c'est ce propriétaire qui en est le vendeur, et c'est à sa famille que la loi défère le droit de retrait lignager. Mais si, étant en possession de l'héritage d'autrui, je le vends en mon nom, et comme chose à moi appartenante, c'est moi qui suis le vendeur, et ce n'est qu'au profit de ma famille que cette vente peut donner ouverture au droit de retrait; elle n'y peut donner ouverture au profit de celle du véritable propriétaire; car le propriétaire n'ayant ni vendu, ni consenti à la vente, on ne peut pas dire qu'il soit le vendeur. D'ailleurs, quoiqu'il soit effectivement le propriétaire, néanmoins il n'est pas réputé l'être; c'est moi qui suis présumé l'avoir été, puisque je possédais l'héritage lorsque je l'ai vendu : car c'est un principe, que tout possesseur est présumé le propriétaire de la chose qu'il possède, tant qu'elle n'est pas réclamée, et qu'il n'en est pas évincé.

Si, depuis cette vente, il intervenait un acte entre le vrai propriétaire et l'acheteur, par lequel ce vrai propriétaire ratifiât la vente, cet acte de ratification étant un acte, par lequel ce propriétaire met hors de sa famille l'héritage dont il ratifie la vente, donnerait-il lieu au retrait? Il faut distinguer. Si cet acte était une transaction, par laquelle le propriétaire, pour une somme d'argent, se désisterait de ses prétentions sur l'héritage, et ratifierait, en tant que besoin serait, la vente qui en a été faite; cet acte étant une transaction *de re dubiâ et incertâ*, n'établirait point que le propriétaire, avec qui l'acheteur a transigé, le fût effectivement, et ne donnerait point, par conséquent, ouverture au retrait au profit de la famille. Mais si, par cet acte, le droit de ce propriétaire était justifié et reconnu par l'acheteur, et que, néanmoins, ce propriétaire consentît que l'héritage demeurât à l'acheteur, par une nouvelle vente qu'il lui en ferait par cet acte; je pense, qu'en ce cas, cet acte donnerait ouverture au retrait au profit de sa famille.

§ II. QUELLE EST LA FAMILLE DU VENDEUR A QUI LE DROIT DE RETRAIT LIGNAGER EST ACCORDÉ.

135. Suivant la Coutume de Paris et le droit le plus commun, le droit de retrait lignager est accordé à la famille du vendeur du côté d'où procède le propre qui a été vendu.

Ce n'est donc point indistinctement à toute la famille du vendeur que le droit de retrait lignager est accordé, mais à celle du côté d'où procède le propre qui a été vendu; c'est-à-dire, à ceux des parens qui touchent au moins de parenté collatérale celui qui a mis l'héritage dans la famille. Par exemple, si le propre, que j'ai vendu, avait été mis dans ma famille par mon bisaïeul paternel qui l'avait acquis, le droit de retrait lignager n'appartiendrait qu'à ceux de mes parens, qui le sont par ce bisaïeul, qu'ils touchent au moins de parenté collatérale. Il n'appartiendrait ni à aucun de mes parens maternels, ni à ceux de mes parens paternels qui ne seraient mes parens que par mon aïeule ou par ma bisaïeule, et non par ce bisaïeul.

136. Lorsqu'un héritage est depuis si longtemps dans une famille, qu'on ne connaît pas celui qui l'y a mis, le propre est, en ce cas, censé procéder du plus ancien de la famille qui est connu pour en avoir été le possesseur. Par exemple, si cet héritage est compris dans le partage de mon trisaïeul paternel, sans qu'il paraisse si c'est mon trisaïeul qui l'avait acquis, ou s'il le tenait lui-même de la succession de son père ou de sa mère, ou de quelques autres de ses parens; ne trouvant pas de titres plus anciens que ce partage, le propre est, en ce cas, censé procéder de ce trisaïeul sans remonter plus haut, et le droit de retrait lignager appartient à ceux de ma famille qui touchent ce trisaïeul au moins de parenté collatérale.

137. Le droit de retrait lignager est encore plus restreint dans les Coutumes qu'on appelle *souchères*.

Ces Coutumes ne l'accordent qu'à la postérité de celui, qui a mis l'héritage dans la famille, de même que ce n'est qu'à cette postérité qu'elles affectent la succession des propres.

Quoique notre Coutume d'Orléans, lors de sa réformation, ait cessé d'être souchère pour la matière des successions, et qu'elle affecte la succession des propres aux parens du défunt, qui touchent au moins de parenté collatérale celui qui a mis l'héritage en la famille, néanmoins elle a continué d'être souchère par rap-

port à la matière du retrait lignager, et elle n'accorde ce droit de retrait, qu'à ceux qui sont descendus de celui qui a mis l'héritage dans la famille. C'est ce qui résulte de ces termes de l'art. 363 : *Le parent du vendeur* ISSU ET NASCENDU *de la ligne, souche et fourchage dont vient ledit héritage;* et encore plus par l'article 380, où il est dit, que lorsque quelqu'un vend un héritage, qui lui est advenu de la succession de son père qui l'avait acquis, ses frères et sœurs et leurs enfans sont admis au retrait lignager, et que les oncles et cousins n'y sont pas admis.

138. Autant que les Coutumes souchères restreignent le retrait, autant, au contraire, celle de Bourgogne l'étend : elle l'accorde à toute la famille du vendeur, même à celle qui est étrangère à celui d'où le propre procède, *tit.* 10, *art.* 4, en donnant néanmoins la préférence aux parens du côté d'où procède le propre.

139. Les Coutumes, pour la plupart, accordent le droit de retrait lignager à la famille du vendeur, sans aucune limitation de degré. C'est pourquoi, celui qui, dans les Coutumes de côté et ligne, peut justifier qu'il touche de parenté au moins collatérale celui qui a mis l'héritage dans la famille; ou, dans les Coutumes souchères, celui qui justifie qu'il en est descendu, est admis au retrait, ne fût-il parent du vendeur qu'au vingtième ou au trentième degré.

Quelques Coutumes néanmoins ont limité le degré. Par exemple, celle du Nivernais, *chap.* 31, *art.* 1, accorde le retrait *jusqu'au sixième degré de consanguinité inclus, et non plus;* ce qui doit s'entendre selon la computation du droit civil, comme le remarque Coquille sur ledit article; c'est-à-dire que le retrait n'est accordé que jusqu'au degré des cousins issus de germain inclusivement.

Les Coutumes de Normandie et de Bretagne sont aussi du nombre de celles qui ont limité le degré dans lequel les parens peuvent être admis au retrait; celle-ci au neuvième degré, l'autre au septième.

ARTICLE II.

Par qui le retrait peut-il être exercé?

§ I. QUELLES SONT LES PERSONNES QUI PEUVENT ÊTRE ADMISES, OU NON, AU RETRAIT LIGNAGER; ET QUELLES CAUSES PEUVENT, OU NON, LES EN EXCLURE.

140. Quiconque est de la famille du vendeur, à laquelle la Coutume accorde le droit de retrait lignager, est admis au retrait. Il n'importe à quel degré, lorsque la Coutume n'a pas limité le degré.

141. Pour que quelqu'un puisse prétendre être de cette famille, il faut que la parenté, qu'il a avec le vendeur, soit une parenté légitime. Voyez *notre Introduction au titre des successions de la Coutume d'Orléans, n.* 13.

De là cette maxime : *Qui n'est habile à succéder, n'est habile à retraire.*

142. Il ne faut pas, néanmoins, conclure de cette maxime, que, dans les Coutumes qui n'appellent à la succession des propres, à défaut d'enfans, que les collatéraux et non les ascendans, les ascendans de la ligne ne soient pas habiles au retrait : car ces Coutumes n'ont voulu autre chose, sinon que les collatéraux fussent préférés aux ascendans dans la succession des propres; mais elles n'ont pas voulu les rendre absolument inhabiles à la succession de ces propres, à laquelle ils peuvent venir à défaut des collatéraux. Ils ne sont donc pas inhabiles à succéder, ni par conséquent à retraire. C'est l'avis de Tiraqueau, 93, *ad fin. tit.*

143. Ceux, qui ont perdu l'état civil, soit par la profession religieuse, soit par une condamnation capitale, ne sont plus censés de la famille, les droits de famille faisant partie de l'état civil qu'ils ont perdu.

144. Un novice, tant qu'il n'a pas encore fait profession, conserve son état civil. C'est pourquoi, il n'est pas douteux qu'il peut, même la veille de sa profession, donner valablement une demande en retrait lignager, et transmettre par ce moyen cette action à ses héritiers, qui seront reçus à reprendre l'instance; *Grimaudet,* 11, 17.

145. Les étrangers, non naturalisés, n'ayant pas le droit de succéder à leurs parens français, ne doivent pas non plus avoir le droit de retrait de leurs héritages, suivant la maxime, *Qui n'est habile à succéder, n'est habile à retraire.*

146. Un parent de la famille, à qui le droit de retrait lignager est accordé, peut être admis à ce retrait, quoique, lors du contrat de vente qui y a donné ouverture, il ne fût encore ni né, ni même conçu; *Reims, art.* 194, *et plusieurs autres.* Pareillement un légitimé *per subsequens matrimonium* y est admis, quoique le mariage, qui l'a légitimé, ne soit intervenu que depuis l'ouverture du retrait. La raison est, que c'est à la famille en général que la Coutume accorde le retrait lignager, et non à aucune personne déterminée de la famille. Les particuliers de cette famille n'acquièrent ce droit qu'en se l'appropriant, *jure quodam occupationis,* par la demande en retrait lignager qu'ils intentent; c'est pourquoi, il suffit qu'ils existent au temps que cette demande est donnée.

147. On peut donner cette demande sous le nom d'un parent qui n'est pas encore, mais seulement conçu, en faisant, pour cet effet, créer un curateur au posthume; ce qui est conforme

à cette règle de droit : *Qui in utero est, perindè ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodis ipsius partûs quæritur; l. 7, ff. de statu. hom.* Mais cette demande n'a d'effet qu'autant que cet enfant, au nom de qui on a donné la demande, naîtra vivant et à terme.

148. L'exhérédation n'exclut pas l'exhérédé du retrait lignager des héritages de la succession de son père ou de sa mère par qui il a été exhérédé, lorsque ses frères et sœurs les vendront; car l'exhérédation ne le prive que du droit de succéder, et non des autres droits de la famille, dont celui de retrait lignager fait partie. On doit dire la même chose des filles, que certaines Coutumes excluent de la succession lorsqu'elles ont été mariées et dotées.

149. Il est évident que le vendeur ne peut pas de son chef exercer le retrait lignager; car, outre que les Coutumes n'accordent pas le retrait au vendeur, mais *aux parens du vendeur*, il répugne que le vendeur l'exerce. Le retrait lignager n'étant autre chose que le droit de prendre le marché de l'acheteur étranger, et de se rendre acheteur à sa place, il est évident qu'il répugne que la même personne soit tout à la fois, à l'égard d'un même marché, le vendeur et l'acheteur.

150. Le vendeur ne peut pas, à la vérité, exercer le retrait sur sa propre vente qu'il a faite à un étranger; mais rien n'empêche que celui, qui a vendu son héritage à son lignager, ne puisse le retirer sur la vente qu'en aurait faite depuis ce lignager à un étranger; car ce n'est pas, en ce cas, sur la sienne qu'il l'exerce.

151. Lorsque deux propriétaires de portions indivises, ou même divisées, d'un héritage, ont vendu conjointement cet héritage *indefinitè et sub specie unitatis*, ils sont censés chacun vendeur de tout l'héritage, et chacun d'eux ne peut par conséquent exercer le retrait lignager de la portion de son copropriétaire. Cette décision a lieu, quoiqu'ils n'aient pas vendu solidairement : car le défaut de solidarité n'a d'autre effet que de diviser entre eux l'obligation de garantie, en cas d'éviction; mais il n'empêche pas qu'ils ne soient censés avoir chacun vendu l'héritage entier à l'acheteur, qui voulait acheter un héritage entier, et ne voulait pas acheter des portions; *Molin., in Cons. Par.*, § 20, *gl.* 1, *n.* 13, 14 *et* 15.

Cette décision a lieu toutes les fois que l'acte commence par une vente de l'héritage que plusieurs font ensemble, quoique, par la suite de l'acte, on exprime les portions indivises, ou même divisées, que chacun des vendeurs a dans cet héritage, et que le prix soit assigné pour la portion que chacun des vendeurs y a : comme, par exemple, s'il était dit que trois frères, *Pierre, Jacques et Jean, ont vendu à Robert un tel héritage, dont une moitié appartient audit Pierre, aîné, et un quart à chacun des puinés, Jacques et Jean; que lesdits Pierre, Jacques et Jean ont promis, chacun pour les portions qu'ils y ont, garantir ledit Robert.... laquelle vente est pour le prix de* 6.000 *livres pour la moitié qui en appartient audit Pierre, et pour le prix de* 3,000, *pour le prix de chacune des autres portions qui appartiennent à chacun des autres vendeurs, Jacques et Jean.* Chacun des vendeurs, dans cette espèce, ne laisse pas d'être vendeur de l'héritage entier, et ne peut par conséquent être admis au retrait des portions de ses copropriétaires.

152. Il en serait autrement, si l'acte contenait, non une seule vente de l'héritage, mais des ventes que chacun des propriétaires aurait faites de sa portion, chacun pour un prix séparé : comme s'il était dit : *Sont comparus Pierre, Jacques et Jean, lesquels ont vendu à Robert, savoir : Pierre, la moitié dans un tel héritage, pour le prix de* 6,000 *liv.; Jacques et Jean, le quart qui appartient à chacun d'eux dans ledit héritage, pour la somme de* 3,000 *liv. que Robert paiera à chacun d'eux pour le prix de leurdit quart.* Cet acte renferme trois ventes séparées, que chacun des propriétaires fait de sa portion seulement, et par conséquent, n'étant pas vendeur des portions de ses copropriétaires, il ne doit pas être exclus du retrait desdites portions; *Molin., ibid., n.* 15.

Vaslin, sur la Rochelle, paraît être d'un avis contraire. Les deux raisons qu'il en donne, ne me paraissent pas solides. Il dit, 1° que le vendeur, qui a vendu sa portion, n'est pas recevable à prétendre qu'il a une juste affection pour les autres portions, ni par conséquent fondé dans le retrait de ces portions, le droit de retrait n'étant accordé que pour la raison d'affection. La réponse est, qu'une personne, par la nécessité de ses affaires, a pu vendre sa portion dans un héritage, nonobstant l'affection qu'elle avait pour cet héritage : cette vente n'empêche donc pas qu'elle ne puisse prétendre avoir affection pour les autres portions. Il dit, 2° que lorsque la vente est faite par décret sur deux héritiers bénéficiaires, l'un ne peut retirer la portion de l'autre. La réponse est, que, s'il ne le peut, c'est lorsque l'héritage a été vendu *sub specie unitatis*.

153. Quoique le vendeur ne puisse exercer de son chef le retrait lignager, il peut l'exercer en une autre qualité; *putà*, en la qualité de tuteur d'un mineur son parent, ou en la qualité de père et légitime administrateur des droits de ses enfans mineurs : car, en ce cas, ce n'est pas lui proprement qui exerce le retrait; c'est le

mineur, ce sont les enfans, auxquels il ne fait que prêter son ministère; quoique, si les enfans refusent de ratifier lorsqu'ils seront majeurs, l'héritage retiré reste au père ou au tuteur.

154. Pareillement, si le vendeur est devenu héritier de son parent, qui avait donné la demande en retrait, rien n'empêche qu'il ne puisse, en cette qualité d'héritier, et du chef de ses parens dont il était héritier, reprendre l'instance et exercer le retrait : sa qualité de vendeur, et l'obligation qu'il a contractée envers l'acheteur de le garantir de toutes évictions, ne l'y rend pas non recevable, cette obligation de garantie ne s'étendant pas au retrait lignager, à la charge duquel l'acheteur est toujours censé avoir acheté l'héritage.

Ceci répond aux objections qu'on pourrait faire. On oppose, 1° que le même homme ne peut être tout à la fois vendeur et acheteur, ni par conséquent retrayant d'une même chose. Je réponds qu'il est vrai que le même homme ne peut être sous une même qualité le vendeur et l'acheteur, ni par conséquent le retrayant d'une même chose; mais rien n'empêche qu'il ne le puisse être sous différentes qualités, parce qu'en ce cas *duorum personarum vicem sustinet*. C'est pourquoi, rien n'empêche qu'étant de son chef, *et ex propriâ personâ*, vendeur d'un héritage, il ne puisse, dans une autre qualité, savoir, en la qualité d'héritier de son parent qui en a exercé le retrait, être admis à suivre la demande donnée par ce parent, et à être, en cette qualité, le retrayant de cet héritage. Si l'acheteur, sur qui le retrait est exercé, avait, comme il le devait, déféré à la demande, l'héritier de ce retrayant aurait recueilli l'héritage dans la succession de son parent, et sa qualité de vendeur de cet héritage ne l'aurait pas empêché de l'y recueillir : elle ne doit pas pareillement l'empêcher de recueillir le droit qui résulte de la demande que son parent a donnée pour se le faire délaisser. L'acheteur ne doit pas profiter de la demeure injuste en laquelle il a été de délaisser cet héritage pour le retenir, et se dispenser de le délaisser à l'héritier du demandeur en retrait. On oppose, en second lieu, que la qualité de vendeur qu'a de son chef l'héritier du demandeur en retrait, résiste à la reprise de la demande en retrait, parce que ce serait venir contre son propre fait. Je réponds, que venir contre son propre fait, c'est venir contre quelque engagement qu'on a contracté : le vendeur n'ayant pas contracté l'engagement d'empêcher le droit de retrait des lignagers, ayant au contraire vendu à la charge de ce retrait, il ne revient pas contre son propre fait, en reprenant, en la qualité qu'il a d'héritier d'un lignager, la demande en retrait donnée par ce lignager.

155. On doit pareillement décider qu'un parent lignager du vendeur, quoiqu'il soit devenu héritier du vendeur, n'en est pas moins recevable à exercer le retrait lignager. Paris, *art.* 142, Orléans, *art.* 402, en ont des dispositions.

Cette décision a lieu, quand même, en fin du contrat de vente, il y aurait cette clause, *promettant ledit vendeur de n'apporter aucun empêchement, ni par lui, ni par ses héritiers, à l'entier accomplissement du présent contrat;* car cette clause est une clause de pur style, qui ne contient autre chose que la promesse que fait le vendeur d'accomplir, et de faire accomplir par ses héritiers les obligations qu'il a contractées : mais le vendeur n'ayant pas garanti du retrait lignager l'acheteur, cette clause ne peut empêcher son héritier d'exercer le droit de retrait qu'il a de son chef.

La clause, par laquelle le vendeur aurait promis de défendre l'acheteur de quelque espèce d'éviction que ce fût, ne renferme pas non plus la garantie du retrait lignager; car cette clause ne renferme que les évictions dont il existait, au temps du contrat, quelque cause étrangère au contrat, et non celle qui pourrait arriver par le retrait lignager, puisque c'est le contrat même, et par conséquent le fait de l'acheteur lui-même qui y donne lieu. C'est ce que décide Tiraqueau, *quæst.* 22, *ad fin. tit.*

156. S'il y avait une clause précise, par laquelle le vendeur aurait expressément garanti l'acheteur du retrait lignager; dans l'opinion de quelques auteurs qui ont écrit que cette clause était nulle, les héritiers du vendeur ne seraient pas même, en ce cas, exclus du retrait. Mais nous avons rejeté cette opinion *suprà*, *n.* 13; et, en supposant la clause valable, il n'est pas douteux que les héritiers du vendeur qui a subi une pareille clause, sont non recevables à exercer de leur chef le retrait, étant, en leur qualité d'héritiers, tenus d'en défendre l'acheteur. C'est le cas de la fameuse règle : *Quem de evictione tenet actio, eum agentem repellit exceptio*, que nous avons expliquée en notre Traité du contrat de vente. Néanmoins Lemaître, sur Paris, en convenant de la validité de la clause, pense que les héritiers ne laissent pas d'être recevables au retrait, et qu'ils sont seulement, par cette clause, tenus des dommages et intérêts de l'acheteur, résultans de l'éviction : mais cette opinion est manifestement contraire aux principes.

157. Celui, qui s'est rendu caution pour le vendeur, n'est pas, pour cela, exclus du droit de retrait lignager qu'il a de son chef; car ce cautionnement ne le rend pas vendeur, il contracte seulement une obligation de garantie qui ne s'étend pas au retrait.

158. Un parent, qui, comme fondé de procu-

ration, a vendu l'héritage de son parent à un étranger, peut en exercer le retrait de son chef. Il en est de même d'un tuteur qui a été partie dans une licitation en sa qualité de tuteur, et qui a vendu, en cette qualité, l'héritage où son mineur avait partie, à un étranger qui s'en est rendu adjudicataire; car ce tuteur et ce fondé de procuration ne sont pas les vendeurs; c'est le mineur et celui qui a donné la procuration, qui le sont par leur ministère.

Par la même raison, si j'ai été créé curateur à la succession vacante de mon parent, je ne serai pas exclus du retrait des héritages de cette succession, qui ont été vendus sur moi à un étranger; car ce n'est pas le curateur, sur qui la vente est faite, qui est le vendeur, c'est le défunt, représenté par la succession.

159. En est-il de même d'un héritier bénéficiaire, qui vend, en cette qualité, un héritage de cette succession bénéficiaire? La raison de douter est, qu'il ne s'oblige pas personnellement par le contrat, et qu'il oblige seulement la succession; d'où il semble suivre que ce n'est pas lui, mais la succession qui est le vendeur, et conséquemment qu'il ne doit pas être exclus du retrait. Néanmoins il a été jugé par deux arrêts rapportés par Bouguier, et cités par Lebrun, *Traité des successions*, *l.* 3, *ch.* 4, *n.* 24, qu'il n'y était pas recevable. La raison est, que ce n'est pas par une pure fiction que la succession bénéficiaire est distinguée de la personne du vendeur, et que cette fiction n'a lieu que vis-à-vis des créanciers de la succession, et à l'effet seulement que l'héritier bénéficiaire ne soit pas tenu des dettes de cette succession sur les biens qu'il a d'ailleurs; mais, dans la réalité, l'héritier bénéficiaire est le vrai propriétaire des biens de la succession bénéficiaire : lorsqu'il les vend, quoiqu'en qualité d'héritier bénéficiaire, c'est lui qui en est le vendeur, et conséquemment il ne peut en exercer le retrait.

Lebrun, *ibid.*, *n.* 72, excepte mal-à-propos le cas auquel cet héritier bénéficiaire aurait depuis renoncé à la succession; car cette renonciation n'est qu'un simple abandon des biens, lequel n'empêche pas qu'il ne soit héritier, ni par conséquent qu'il ne soit le véritable vendeur.

160. Celui, sur qui l'héritage est vendu par décret, en est le seul vrai vendeur, puisque c'est lui qui, par l'adjudication par décret, l'aliène et le met hors de sa famille; le saisissant et les opposans, quoiqu'ils en aient poursuivi la vente, et qu'ils en aient touché le prix, ne sont pas, pour cela, vendeurs, et ne sont pas exclus, s'ils sont lignagers du débiteur, d'exercer le retrait dans les Coutumes où les ventes par décret sont sujettes au retrait.

161. On a agité la question, si le juge, qui a fait l'adjudication, devrait être admis au retrait. La raison de douter est, qu'il pourrait y avoir lieu de craindre que, si un juge pouvait être admis au retrait, un juge, qui se proposerait d'exercer le retrait sur l'adjudication qu'il prononcerait, ne précipitât cette adjudication, et ne la fît pas porter à si haut prix qu'elle pourrait monter, pour profiter du bon marché. Néanmoins les auteurs, qui ont agité cette question, Brodeau et Lemaître, décident que le juge y doit être admis, parce qu'on ne doit pas mal présumer de la probité des juges, et que ces adjudications se font publiquement.

162. La convention, qu'un lignager a eue avec l'acheteur, soit avant, soit depuis le contrat de vente, de ne pas exercer le retrait, l'y rend non recevable; car il est permis à chacun de renoncer à un droit établi en sa faveur.

Lemaître, sur Paris, cite un arrêt du Parlement de Rouen, du 13 février 1673, par lequel il prétend avoir été jugé que cette convention pouvait être opposée, même aux héritiers lignagers de ce lignager : mais cela ne doit être que lorsqu'ils exercent le retrait, comme ayant repris l'instance en leur qualité d'héritiers. Si, au contraire, ils l'exercent de leur chef, étant encore dans le temps, la qualité d'héritiers de celui, qui a eu cette convention, ne les en exclut point; car, par cette convention, celui, qui s'est engagé de ne point exercer le retrait, n'a promis que pour lui, et n'a point garanti l'acquéreur des demandes en retrait qui pourraient être données par d'autres. En cela, cette espèce est différente de celle du *n.* 156, dans laquelle le demandeur est exclu, comme ayant succédé aux obligations d'un défunt, qui ne s'était pas seulement obligé à ne pas donner lui-même la demande en retrait, mais à garantir l'acheteur des demandes de tous autres.

163. Lorsque la convention, par laquelle le lignager a promis de ne pas exercer le retrait, n'est pas intervenue avec l'acheteur, mais avec le vendeur, avant le contrat de vente, la convention est-elle valable? On peut, sur cette question, distinguer deux cas. Si le vendeur s'est, en conséquence, obligé envers l'acheteur, par une clause particulière, à le garantir du retrait, il ne peut être douteux que la convention est valable, et qu'elle rend ce lignager non recevable au retrait; car, on ne peut pas douter que le vendeur n'ait, en ce cas, intérêt que le retrait ne soit pas exercé. Mais si le vendeur ne s'est point obligé envers l'acheteur à le garantir du retrait, il y a plus de difficulté : le vendeur n'ayant, en ce cas, aucun intérêt que le retrait soit ou ne soit pas exercé, la convention, qu'il a eue avec son parent pour qu'il ne l'exerçât point, paraît de-

voir être nulle, suivant les principes de droit rapportés au titre des Instit. *de inutil. stipul.* § 20 et 21, qui portent que *Alteri stipulari nemo potest, nisi ipsius intersit.* Néanmoins Tiraqueau, § 1, *gl.* 9, *n.* 128, et Grimaudet, 11, 28, décident que cette convention est valable, et qu'elle peut être opposée par l'acheteur à ce parent du vendeur, pour le faire déclarer non recevable à son retrait. La raison est que, lorsque cette convention est intervenue avant la vente, entre moi, qui me proposais de vendre, et mon parent, on ne peut pas dire que je n'avais aucun intérêt de convenir que mon parent n'exercerait pas le retrait : j'y avais intérêt en ce que l'engagement, que ce parent, de la part de qui on pouvait craindre le retrait, contractait, de ne le pas exercer, servait à me faire trouver à le vendre plus facilement. La convention est donc valable; et m'ayant acquis un droit, lorsque j'ai depuis vendu mon héritage, je suis censé avoir vendu à l'acheteur, avec mon héritage, le droit qui résultait de cette convention : car c'est un autre principe de droit, que celui, qui aliène un héritage, est censé transporter les droits et actions qu'il a par rapport à cet héritage, lesquels tendent à les conserver. C'est en conséquence qu'il est décidé en la loi 17, § 5, ff. *de pact.*, que celui, qui a succédé à quelqu'un, quoiqu'à titre singulier, à une chose, succède aux droits résultans des conventions que son auteur a eues avec des tiers par rapport à cette chose. Voyez *ce que nous avons dit en notre Traité des obligations, n.* 68.

Dans les Coutumes, qui préfèrent le plus proche parent, si un parent plus éloigné, qui n'aurait pas eu une pareille convention, avait donné la demande en retrait, le plus proche pourrait exercer le retrait, nonobstant la convention qu'il a eue, soit avec le vendeur, soit avec l'acheteur, de ne le pas exercer; ni le vendeur ni l'acheteur n'ayant, en ce cas, aucun intérêt de l'empêcher de l'exercer, à moins que l'acheteur ne soutînt que la première demande est nulle, et qu'elle le fût effectivement.

164. Le consentement, qu'on lignager ou un seigneur de fief ont donné à la vente de l'héritage, les exclut-il du retrait? Dumoulin, *in Cons. Par.* § 20, *gl.* 1, *n.* 8 *et seq.*, tient la négative. Sa raison est, que ce consentement à la vente ne renferme aucune renonciation au droit de retrait; car, bien loin que cette vente, à laquelle ils consentent, soit quelque chose d'opposé à leur droit de retrait, c'est au contraire cette vente qui le produit et y donne lieu : d'où il conclut que *patronus* (*idem* du lignager) *consentiendo venditioni, sibi non præjudicat in hoc jure* (*retractus*), *sed potiùs eiam sibi ad illud aperit. Nec obstat*, dit-il, *quòd ille consensus nihil operabitur, quia id tolerabilius est, quàm quòd ultra intentionem consentientis operetur.*

Tiraqueau, qui agite la même question, § 1, *gl.* 9, *n.* 134 *et suiv.*, rejette l'avis de Dumoulin, et décide que les parens du vendeur, qu'on fait intervenir au contrat pour déclarer qu'ils consentent à la vente, doivent être présumés avoir par là renoncé au droit de retrait.

Cette présomption me paraît surtout mériter d'avoir lieu, lorsque le lignager n'avait et ne pouvait avoir, par la suite, aucun autre droit sur l'héritage que le droit de retrait; car, en ce cas, sa renonciation au retrait étant le seul et unique sujet qu'on ait pu avoir pour le faire intervenir au contrat, et consentir à la vente, la présomption est que c'est dans cette vue, et pour renoncer au retrait, qu'il y est intervenu : car il serait contre toute raison et vraisemblance de supposer qu'il y serait intervenu pour rien et sans aucun sujet.

Lorsque le lignager, qui est intervenu au contrat de vente pour déclarer qu'il y consentait, avait ou devait avoir un jour des droits sur cet héritage; si l'on a exprimé, par le contrat, quelques droits auxquels il entendait renoncer en intervenant et consentant à la vente, on ne pourra pas en inférer qu'il a pareillement entendu renoncer à son droit de retrait; comme lorsque le contrat porte : *Est intervenu un tel, lequel a consenti la présente vente, renonçant à tous les droits d'hypothèque qu'il peut avoir sur l'héritage, etc.* Mais lorsque le contrat ne contient qu'un simple consentement à la vente de l'héritage, sans exprimer quels sont les droits auxquels ce parent a entendu renoncer par ce consentement, on peut soutenir qu'on doit présumer qu'il a entendu, par ce consentement, renoncer à son droit de lignager aussi bien qu'à ses autres droits; car la renonciation, que son consentement renferme, étant indéfinie, renferme tout.

165. Tiraqueau, *art.* 26, *gl.* 2, *n.* 5, *et suiv.*, et Grimaudet, 1, 7, pensent qu'un lignager doit être déclaré non recevable au retrait, lorsqu'on rapporte un acte de cession, par lequel ce lignager aurait cédé son droit de retrait à un étranger : voici la raison qu'ils rendent de leur décision. Quoique cette cession soit nulle comme cession, le droit de retrait lignager n'étant pas cessible, cette cession, selon ces auteurs, renferme une abdication et répudiation, que le lignager fait de son droit de retrait, qui le rend non recevable à l'exercer. Ils se fondent principalement sur la loi 66, ff. *de jur. dot.*, où il est dit que, lorsqu'un usufruitier cède son droit à un étranger, quoique cette cession ne soit pas valable à l'effet de faire passer le droit d'usufruit au cessionnaire, le droit d'usufruit n'étant pas cessible, néanmoins elle est valable à l'effet de

dépouiller l'usufruitier de son droit, et de le réunir à la propriété. Cet argument, que ces auteurs tirent de cette loi, ne me paraît nullement concluant; car la cession, dont il est parlé en cette loi, doit s'entendre de la cession solennelle *in jure*, qui était *civilis modus transferendi dominii*, par laquelle le cédant se dessaisissait solennellement de la chose ou du droit qu'il cédait. Mais, parmi nous, la cession, que quelqu'un fait de son droit à un autre, par un acte devant notaires, n'a l'effet que d'une simple convention; elle ne dépossède point le cédant du droit qu'il cède; il en demeure toujours propriétaire, jusqu'à ce que le cessionnaire s'en soit mis en une espèce de quasi-possession, en faisant signifier son transport au débiteur, comme nous l'avons vu en notre Traité du contrat de vente, *n.* 555. C'est pourquoi, on ne peut pas dire que la cession, qu'un lignager a faite de son droit de retrait, renferme une abdication qu'il a faite de ce droit, qui le rend non recevable à l'exercer. Il pouvait d'autant moins l'abdiquer par cette cession, que ce droit n'appartenait encore qu'à la famille indéterminément, et non à lui, qui n'a pu se l'approprier qu'en formant la demande en retrait. On peut rendre une meilleure raison de la décision de Tiraqueau et de Grimaudet, qui est que cette convention fait présumer de la fraude, et que le lignager n'exerce pas le retrait pour son compte. Néanmoins Grimaudet, x, 20, rapporte un arrêt qui a jugé que le rapport d'une convention, par laquelle un lignager serait convenu avec un étranger de lui céder l'héritage, après qu'il l'aurait retiré, ne suffit pas pour exclure le lignager du retrait, pourvu qu'il déclare, ou même qu'il affirme, s'il en est requis, qu'il n'entend point exécuter cette convention, et qu'il retire pour son compte, sauf à l'acquéreur l'action en répétition du retrait, si, par la suite, ce lignager cédait l'héritage à cette personne. La décision de cet arrêt me paraît souffrir beaucoup de difficulté.

166. Lorsqu'un lignager du vendeur se rend acheteur conjointement avec un étranger, il n'est pas censé avoir, pour cela, renoncé au droit de retrait de la portion qu'a, dans la chose acquise, son coacquéreur étranger.

167. Lorsqu'un mari est intervenu au contrat, pour autoriser sa femme à vendre un de ses héritages propres, et que ce mari est parent du lignager de sa femme, cette autorisation ne l'empêche pas d'exercer le retrait: cette autorisation ne contient aucune renonciation du mari à ses droits; elle n'a d'autre fin que de rendre la femme habile à faire l'acte, pour lequel son mari l'autorise.

On m'a opposé que cela pourrait donner lieu à une fraude; que je pourrais, par ce moyen, de concert avec ma femme dont je suis parent, m'enrichir à ses dépens, en vendant à vil prix son héritage propre à un acheteur supposé, sur lequel j'en exercerais le retrait. Je réponds que la crainte d'une fraude n'est pas une raison suffisante pour m'exclure de mon droit de retrait.

Si le mari n'avait pas seulement autorisé sa femme, mais avait vendu avec elle, il n'est pas douteux que sa qualité de vendeur l'exclurait du retrait.

168. Un parent n'est pas non plus exclu du droit d'exercer le retrait de l'héritage vendu par son parent, pour avoir reçu comme notaire le contrat de vente, ou y avoir assisté comme témoin; *Tiraqueau, ibid.*

169. Néanmoins, si le contrat de vente contenait une clause, par laquelle le vendeur aurait assuré l'acheteur n'avoir aucuns parens qui eussent qualité pour exercer le retrait, le notaire lignager du vendeur, qu'on doit facilement présumer avoir eu connaissance de sa parenté, devrait être exclu du retrait par l'exception de dol, ayant concouru, en recevant l'acte où était cette clause, à tromper l'acheteur. On ne doit pas étendre cette décision au lignager, qui aurait signé cet acte comme notaire en second: on ne peut pas dire que celui-ci ait concouru à tromper l'acheteur; car il est notoire que les notaires, qui signent en second, n'assistent pas à l'acte, et n'ont pas connaissance de ce qu'il contient; et cet usage, quelque irrégulier qu'il soit, est toléré, et pratiqué par les notaires les plus honnêtes gens.

A l'égard des témoins instrumentaires, un honnête homme ne peuvant pas, *salvo pudore*, signer en cette qualité un acte, s'il n'y a été présent; un lignager, qui aurait signé en cette qualité, me paraîtrait non recevable à dire qu'il ignorait ce que l'acte contenait, *cùm nemo possit propriam allegare turpitudinem.* J'ai vu néanmoins des jurisconsultes qui les y croyaient recevables.

170. Quoique la vente, que j'ai faite de mon héritage propre à un étranger, n'ait été faite qu'au refus d'un parent, à qui j'avais proposé le marché, ce parent n'est pas, pour cela, exclu du retrait; il peut n'avoir pas eu la commodité d'acheter, lorsqu'on lui a présenté le marché, et l'avoir aujourd'hui. La Coutume accordant aux lignagers le temps d'un an depuis le contrat de vente, ils doivent avoir tout ce temps pour prendre leur parti, et ne peuvent pas être obligés à le prendre plus tôt.

§ II. DE LA PRÉFÉRENCE ENTRE PLUSIEURS LIGNAGERS EN DIFFÉRENS DEGRÉS, QUI VEULENT EXERCER LE RETRAIT.

171. Lorsque plusieurs lignagers veulent exer-

cer le retrait, quelques Coutumes préfèrent le plus proche parent du vendeur à celui qui est plus éloigné, quoiqu'il ait donné la demande le premier.

172. Cette proximité, en matière de retrait, de même qu'en matière de succession, se considère avec la personne du vendeur, et non avec celui qui a mis l'héritage dans la famille. C'est pourquoi, il n'est pas douteux que, dans ces Coutumes, le neveu du vendeur est préféré, pour le retrait, au grand-oncle du vendeur, quoique celui-ci soit plus proche de celui qui a mis l'héritage dans la famille. C'est l'avis de Tiraqueau, qui ne souffre aucune difficulté, quoique quelques anciens docteurs, par lui cités, aient été, en matière de retrait, d'une opinion contraire.

173. Ces Coutumes diffèrent entre elles sur cette préférence : il y en a, qui l'accordent au plus proche parent, même après que le retrait a été entièrement exécuté au profit d'un lignager plus éloigné, pourvu que le parent plus prochain réclame cette préférence dans le temps accordé par la Coutume pour exercer le retrait; *Troyes, art.* 145; *Normandie, art.* 475, *etc.* D'autres n'accordent cette préférence au plus prochain sur le plus éloigné, qu'à la charge de se présenter *avant l'exécution réelle et actuelle du retrait* fait par le parent plus éloigné, et remboursement de l'acquéreur; *Calais, art.* 150.

Les Coutumes de Blois, de Tours, d'Anjou, disent que le plus prochain doit venir dans le temps accordé pour le remboursement. Quelques Coutumes restreignent encore davantage cette préférence. La Coutume de Château-Neuf, *art.* 77, ne l'accorde au plus prochain, qu'à la charge de le requérir en jugement dans la quinzaine après la première assignation en retrait donnée par le parent plus éloigné. Celle de Chartres, *art.* 68, veut que ce soit dans la huitaine.

174. Suivant la Coutume de Paris, *art.* 141, celle d'Orléans, *art.* 378, et la plupart des Coutumes, le parent, quoique en degré plus éloigné, lorsqu'il a prévenu, est préféré au parent plus proche qui n'a formé sa demande qu'après.

La raison est que, suivant l'esprit de ces Coutumes, le droit de retrait lignager est accordé à toute la famille en général. Avant que la demande ait été formée par quelqu'un de la famille, ce droit n'appartient déterminément à aucun de la famille *generaliter et indeterminatè*; chacun de ceux qui composent cette famille, celui qui est dans le degré le plus éloigné, de même que celui qui est dans le degré le plus proche, a droit de former la demande; en la formant, il s'approprie, *quasi quodam jure occupationis*, ce droit de retrait, et en exclut tous les autres parens.

175. Observez néanmoins qu'il faut pour cela que la demande soit valable; une demande nulle ne peut avoir cet effet : *Quod nullum est, nullum producit effectum*. Il faut aussi que ce parent ne se soit pas laissé décheoir du retrait, qui, sur cette demande, lui aurait été reconnu ou adjugé, faute par lui d'avoir satisfait à la Coutume : car, en ce cas, la demande, qu'il a donnée, n'ayant pas eu son effet, est comme non avenue; le demandeur n'ayant pu s'approprier le droit de retrait par cette demande, dont il s'est laissé décheoir, cette demande n'en a pu exclure les autres parens.

176. Suivant ces principes, lorsque deux parens, en différens temps, ont donné la demande en retrait, le sort de la seconde demande dépend de celui de la première. Si, sur la première demande, le retrait a été reconnu ou adjugé et exécuté, la seconde demande tombe : si, au contraire, le premier demandeur est débouté, ou déclaré déchu du retrait, le second demandeur pourra suivre sa demande.

177. De là il suit, que le juge doit surseoir à faire droit sur la seconde demande, jusqu'à ce que le procès sur la première demande ait été terminé.

Néanmoins, si le premier demandeur ne faisait pas les poursuites nécessaires pour le faire terminer, le second, sur la demande de qui il a été sursis, peut faire prescrire un temps à ce premier demandeur, dans lequel il sera tenu de faire juger sa demande; et faute par lui de l'avoir fait dans ledit temps, le second retrayant peut faire déclarer collusoire la demande du premier, et être admis à suivre la sienne.

178. Le second demandeur, ayant intérêt que le premier soit débouté de sa demande, peut-il, en intervenant en l'instance sur la première demande, opposer à ce premier demandeur les défauts de forme qui peuvent l'en faire débouter? Non; car ce n'est qu'en faveur de l'acquéreur que les formalités du retrait ont été établies; tout autre que lui par conséquent ne peut être admis à en opposer le défaut. Il en est de même des défauts de forme dans les exploits de demande : comme ces formes ne sont établies qu'en faveur de la partie assignée, le défaut ne peut en être opposé que par elle.

179. Il en serait autrement, si le second demandeur entendait contester au premier sa qualité de lignager, et son habileté au retrait; il n'est pas douteux, en ce cas, qu'il ne dût être admis à intervenir dans l'instance pour la lui contester, et même à interjeter appel de la sentence qui aurait adjugé le retrait au premier demandeur, à son préjudice.

180. Le principe, que nous venons d'établir, que le lignager, qui a prévenu en donnant le premier la demande, est préféré à tous les autres parens du vendeur, quoique plus prochains en degré, reçoit, dans notre Coutume d'Orléans, *art.* 338, une exception en faveur des enfans, frères ou sœurs du vendeur, pourvu que deux choses concourent; 1° qu'ils aient de leur chef une portion dans l'héritage que le vendeur a vendu pour la portion qu'il y avait; 2° qu'ils se présentent avant que le retrait ait été adjugé au lignager qui les a prévenus.

181. Lorsque deux ou plusieurs parens lignagers du vendeur, qui ont donné chacun la demande en retrait, se trouvent en concurrence de temps, il n'est pas douteux, en ce cas, que le plus proche en degré ne soit préféré au plus éloigné.

Notre Coutume d'Orléans, en l'*art.* 378, et plusieurs autres, en ont des dispositions. Lemaître, sur Paris, cite un arrêt de 1563, qui l'a jugé dans la Coutume de Paris, qui ne s'en est pas expliquée.

182. Suffit-il, pour que les parens soient réputés en concurrence de temps, qu'ils aient donné chacun leur demande le même jour? Les Coutumes varient sur cette question. La plupart réputent en concurrence de temps ceux qui ont donné leur demande le même jour, et ne veulent point qu'on ait égard à l'heure; Sens, *art.* 32, et plusieurs autres Coutumes, s'en expliquent formellement. Au contraire, notre Coutume d'Orléans ne répute les lignagers en concurrence de temps, que lorsqu'il y a eu entre eux *concurrence de jour et* HEURE *en l'ajournement, et qu'il n'apparaît lequel a prévenu*; art. 378.

La décision de la Coutume d'Orléans renferme une conséquence exacte et rigoureuse du principe, que le lignager, par la demande en retrait qu'il donne, s'approprie, *quasi quodam jure occupationis*, le droit de retrait; car, dès l'instant qu'il se l'est une fois approprié, les autres parens en sont exclus, et ne peuvent plus, par conséquent, l'exercer, quand même ce serait le même jour.

Le principe, sur lequel se sont fondées les autres Coutumes, qui ne veulent pas qu'on ait égard à la priorité d'heure, mais seulement à celle du jour, paraît être que la priorité d'heure peut souvent être incertaine: c'est pourquoi, pour retrancher toutes les contestations qui pourraient naître de cette incertitude, elles ont voulu qu'on n'eût aucun égard à la priorité d'heure, et que toutes les demandes du même jour fussent censées en concurrence de temps.

183. Dans la Coutume d'Orléans, qui admet la priorité d'heure, les huissiers doivent exprimer l'heure dans les demandes en retrait; faute de cela, celui, dont la demande exprime l'heure, doit avoir la préférence sur celui qui ne l'a pas exprimée. Par exemple, si mon exploit de demande porte, *tel jour, à neuf heures du matin;* et que le vôtre porte seulement *tel jour*, sans exprimer en quel temps de la journée, ou porte seulement *tel jour, avant midi*, je dois vous être préféré; car je justifie que j'ai donné ma demande à neuf heures, au lieu que vous ne pouvez pas justifier avoir donné la vôtre plus tôt qu'à la dernière heure du jour ou d'avant midi.

184. Dans les Coutumes telles que celle de Paris, qui se contentent de dire que celui *qui premier fait ajourner en retrait*, doit être préféré, sans expliquer si l'on doit avoir égard, ou non, à la priorité d'heure, doit-on y avoir égard? Le grand nombre des Coutumes paraît faire un assez fort argument pour la négative: Guérin et Lemaître, sur Paris, sont néanmoins d'avis qu'on y ait égard, et que le premier, qui a fait assigner, doive être préféré à ceux qui n'ont donné leur demande qu'après, quoique le même jour.

§ III. DE LA PRÉFÉRENCE ET CONCURRENCE ENTRE PLUSIEURS PARENS AU MÊME DEGRÉ.

185. Entre deux ou plusieurs lignagers au même degré, qui ont donné chacun une demande en retrait, c'est ordinairement celui qui a prévenu qui est préféré.

Cela n'est pas douteux dans les Coutumes qui accordent la préférence à celui qui a prévenu, même sur ceux qui sont dans un degré plus proche. La plupart de celles, qui la lui refusent sur ceux qui sont dans un degré plus proche, la lui accordent sur ceux qui sont au même degré; *Calais, art.* 150; *Troyes, art.* 145; *Blois, art.* 201, *etc.*

Il y a néanmoins quelques Coutumes qui n'accordent aucune préférence à celui qui a prévenu, sur ceux qui sont en pareil degré, et qui les font concourir, pourvu qu'ils aient donné leur demande dans le temps de la Coutume; *Bordeaux, chap.* 2. *art.* 6; *Normandie, art.* 476.

186. Lorsque les parens, au même degré, qui ont donné la demande en retrait, se trouvent en concurrence de temps, le droit le plus commun est, qu'ils sont admis concurremment au retrait: néanmoins, quelques Coutumes préfèrent, en ce cas, le mâle à la femelle, et l'aîné ou l'aînée aux puînés; *Chartres, art.* 68; *Château-Neuf*, 77.

Quelques Coutumes, dans ce cas de concurrence de proximité de degré et de temps, permettent à l'acquéreur de choisir, entre les retrayans, celui en faveur duquel il voudra reconnaître le retrait; *Laon, art.* 230; *Ribemont, art.* 35.

187. Il nous reste une question; c'est de savoir si, en matière de retrait, la représentation

a lieu. Par exemple, un neveu du vendeur doit-il venir en concurrence avec le frère? La Coutume d'Auvergne, *chap.* 23, *art.* 19, la rejette, quoiqu'elle l'admette en matière de succession. Au contraire plusieurs l'admettent, soit en termes formels, comme Anjou, le Maine, Poitou, Angoumois, Bordeaux; soit en termes équipollens, comme Saintonge, *tit.* 6, *art.* 52.

Quid, dans celles qui ne s'en sont pas expliquées? On peut dire, en faveur du plus proche parent, contre le droit de représentation, que ce droit est fondé sur une fiction. Or, c'est un principe, que les fictions ne s'étendent pas du cas pour lequel elles ont été établies à un autre cas: la fiction de la représentation, que les Coutumes ont établie dans le cas des successions, ne doit donc pas s'étendre au cas du retrait lignager, lorsque ces Coutumes ne s'en sont pas expliquées. C'est sur ce principe que la nouvelle Ordonnance des substitutions, *part.* 1, *art.* 21, rejette la représentation dans les substitutions faites à une famille.

D'un autre côté, on dit, en faveur de la représentation, qu'on ne doit pas argumenter de ce que l'Ordonnance a décidé contre la représentation pour le cas des substitutions. Les substitués étant appelés à succéder par la volonté du testateur, et non par la loi qui a réglé l'ordre des successions, la fiction de la représentation ne peut s'appliquer au cas d'une substitution, qui est tout-à-fait différent de celui des successions pour lequel elle a été établie. Il n'en est pas de même du cas du retrait lignager: ce cas est connexe à celui des successions. Les parens étant appelés au retrait des héritages de leur parent, par la même loi qui a réglé l'ordre des successions, la présomption est, qu'elle les y appelle dans le même ordre: cela surtout doit avoir lieu dans les Coutumes qui préfèrent les plus proches. Il paraît que l'esprit de ces Coutumes est de conserver, par le retrait, les héritages propres à ceux qui devaient y succéder, et de n'admettre les autres qu'à défaut de ceux-ci. On doit donc, surtout dans ces Coutumes, admettre, pour le retrait, la représentation qui a lieu dans l'ordre des successions. Il y a lieu de penser qu'elle doit même être admise dans la Coutume de Paris et autres semblables, qui n'accordent, aux plus proches, la préférence sur les plus éloignés, que dans le cas de la concurrence de leurs demandes.

188. Dans les Coutumes qui admettent la représentation dans le retrait lignager, un d'entre plusieurs neveux nés d'un frère prédécédé du vendeur, qui se présente au retrait avec un autre frère du vendeur, doit avoir la moitié dans l'héritage retiré. Ses frères et sœurs, qui ne veulent pas exercer le retrait avec lui, ne doivent pas être comptés: les parts, qu'ils auraient pu y prétendre, doivent lui accroître; et il doit exercer le retrait comme s'il était seul de cette souche; *Arrêt du 7 septembre* 1716, *cité par Vigier sur Angoumois*.

ARTICLE III.

Sur qui le retrait peut-il ou ne peut-il pas être exercé?

189. Le retrait lignager peut être exercé sur l'acquéreur étranger, ou sur ses héritiers ou autres successeurs médiats ou immédiats, universels ou particuliers.

Lorsque cet acquéreur étranger, avant que la demande en retrait ait été donnée contre lui, a aliéné l'héritage sujet au retrait, il est au choix du lignager de donner la demande en retrait contre cet acheteur, ou contre le tiers. Quelques Coutumes en ont des dispositions, comme Reims, *art.* 205. Ces dispositions sont fondées sur la nature même de l'action du retrait lignager. Cette action est une action *personnelle réelle*, qui naît de l'obligation *ex quasi contractu*, que l'acheteur étranger contracte, en acquérant, envers les lignagers, de céder son marché à celui d'entre eux qui le voudra prendre, et de lui délaisser l'héritage; c'est à l'accomplissement de cette obligation personnelle que la loi affecte l'héritage. Cette action, comme *personnelle*, peut donc être intentée contre l'acheteur étranger, qui est le véritable débiteur, et qui n'a pas pu par son fait, en aliénant l'héritage, se décharger de l'obligation qu'il a contractée de le délaisser au lignager qui voudra exercer le retrait. Cette action peut aussi, comme *réelle*, être intentée directement contre le tiers détenteur de l'héritage, cet héritage étant affecté par la loi à l'accomplissement de l'obligation.

190. Quoique, selon la subtilité du droit, la demande en retrait lignager continue de pouvoir être valablement donnée contre l'acheteur étranger depuis qu'il a aliéné l'héritage, néanmoins, lorsque cet acheteur étranger, assigné sur cette demande, déclare et affirme qu'il a aliéné l'héritage au profit d'une telle personne, dont il indique le nom et la demeure, il est équitable de renvoyer le demandeur à se pourvoir contre le tiers détenteur; car il est naturel que le demandeur s'adresse à celui par-devers qui l'héritage est sujet au retrait, et par qui il peut se le faire délaisser, plutôt qu'à l'acheteur étranger, qui, ne pouvant pas lui délaisser cet héritage qu'il n'a plus, ne pourrait plus être sujet qu'à des dommages et intérêts. Le lignager aurait mauvaise grâce de demander ces dommages et intérêts, faute d'avoir la chose, lorsqu'il est en son pouvoir de l'avoir, en s'adressant à celui par-devers qui elle est: d'ailleurs, comment réglerces dom-

mages et intérêts, qui consistent dans un intérêt d'affection qui n'est pas appréciable?

Notre Coutume d'Orléans, *article* 369, autorise ce renvoi à se pourvoir contre le détenteur de l'héritage, et proroge, à cet effet, de quarante jours le temps du retrait, à compter du jour que le nom et la demeure de ce détenteur ont été indiqués au retrayant, dans le cas auquel le temps du retrait, lors de cette indication, serait expiré, ou qu'il en resterait un moindre temps.

191. Lorsque l'acheteur étranger, avant aucune demande, a transmis l'héritage à un successeur, soit universel, soit particulier, qui est de la famille, le retrait ne peut s'exercer sur lui dans nos Coutumes de Paris, d'Orléans, et autres semblables; car, dans ces Coutumes, le droit de retrait lignager s'éteint, lorsque l'héritage, avant aucune demande donnée, est rentré dans la famille.

Mais si la demande avait été donnée contre l'acheteur étranger, elle pourrait être reprise contre son héritier, quoique lignager; car le retrait ne s'éteint par le retour à la famille, que lorsque ce retour arrive avant qu'il ait été donné aucune demande: mais par la demande que le lignager a donnée, il s'est approprié le droit de retrait, dont il ne peut être dépouillé. Par la demande, lorsqu'elle est bien fondée, l'ajourné contracte l'obligation d'y satisfaire, qu'on appelle *obligatio judicati*, et cette obligation passe à son héritier, quel qu'il soit.

192. Le retrait lignager peut être exercé même sur le seigneur de qui l'héritage relève, et qui l'a retiré par le droit de retrait féodal, et à plus forte raison lorsqu'il en est directement l'acheteur. Notre Coutume d'Orléans, *art.* 365, et plusieurs autres, en ont des dispositions.

Il n'en est pas de même du retrait conventionnel: celui, qui s'est retenu ce droit sur un héritage, étant fondé dans une clause expresse d'aliénation, par laquelle il se réserve le droit de retrait, toutes les fois que cet héritage sera vendu, sans aucune distinction des personnes auxquelles il sera vendu, il doit être préféré aux lignagers. Loysel, *l.* 3, *tit.* 5, *art.* 4, en a fait une maxime: *Retrait lignager*, dit-il, *est préféré ou seigneurial, et le conventionnel à tous autres.*

193. Mon père, par son testament, a défendu qu'un certain héritage de sa succession fût aliéné hors de sa famille; et, au cas où il serait aliéné hors de sa famille, il a déclaré qu'il le léguait à Pierre: j'ai, contre ces défenses, vendu cet héritage à Jacques, qui est étranger; mon lignager, qui exerce le retrait sur Jacques, doit-il être préféré à Pierre, qui est aussi un étranger, ou est-ce Pierre qui doit lui être préféré? Tiraqueau, *quæst.* 29, *ad fin. tit.*, décide que c'est Pierre qui doit être préféré; car les donations, soit entre vifs, soit testamentaires, n'étant pas sujettes au retrait, et étant permis à chacun de mettre ses héritages propres hors de sa famille à ces titres, la disposition testamentaire, portée au profit de Pierre, par le testament de mon père, est valable, et Pierre a droit de réclamer cet héritage qui lui a été légué, la condition, sous laquelle il lui a été légué, se trouvant accomplie: le droit de retrait, auquel la vente que j'ai faite à Jacques a donné ouverture, ne donne à mes lignagers le droit que contre l'acquéreur, et non contre Pierre, qui, pour revendiquer cet héritage, a un titre qui n'est pas sujet à leur droit de retrait. Tiraqueau rapporte, comme une objection de ceux qui sont de l'opinion contraire, que nul ne peut valablement ordonner que la vente, que lui ou ses héritiers feront d'un héritage, ne donnera pas ouverture au retrait.

La réponse est, que mon père n'a pas ordonné cela par la disposition ci-dessus rapportée: il n'a voulu faire autre chose que léguer son héritage à Pierre, et il a mis pour condition à ce legs la vente qui serait faite de cet héritage: il n'a fait que ce qu'il était en droit de faire, puisqu'il pouvait le lui léguer purement et simplement. Si les lignagers ne peuvent pas profiter, en ce cas, du droit de retrait, ce n'est donc pas que la vente, faite à Jacques, par elle-même n'y donne ouverture; car ils l'exerceraient utilement, si Pierre répudiait son legs, ou si, par son prédécès, ou une incapacité survenue, il ne pouvait le recueillir.

Il me semble qu'on pourrait faire une objection plus considérable contre la décision de Tiraqueau, qui serait de dire que la condition de la substitution faite au profit de Pierre, étant la vente de l'héritage faite hors de la famille, cette condition ne doit être censée accomplie que dans le cas auquel la vente subsisterait dans la personne de l'acquéreur étranger; mais, qu'étant transférée par le retrait à une personne de la famille, cette vente n'est pas une vente faite hors de la famille, qui ne peut par conséquent faire exister la condition sous laquelle le legs a été fait à Pierre; que cette interprétation paraît conforme à l'esprit du testateur, qui a préféré sa famille au légataire, et ce légataire aux seuls étrangers. La réponse est qu'on ne doit pas sans nécessité s'écarter des termes du testament. Or, suivant ces termes, il suffit qu'il y ait eu une vente faite hors de la famille, pour que ce contrat ait fait aussitôt exister la condition, et fait acquérir le droit à Pierre, lequel, lui étant une fois acquis, ne peut lui être ôté par le retrait qui interviendrait dans la suite.

194. On a fait la question, si le retrait ligna-

ger pouvait être exercé sur le roi. Jean Lecoq, cité par Tiraqueau, rapporte un ancien arrêt qui a jugé pour la négative; Loysel en a fait une maxime; *l.* 3, *tit.* 5, *art.* 11; Grimaudet, 111, 5, est du même avis. La raison est que le roi, en confirmant par son autorité les Coutumes des différentes provinces de son royaume qui ont établi le droit de retrait, leur a donné force de loi vis-à-vis de ses peuples; mais il ne doit pas être censé s'y être assujetti lui-même : *Princeps est solutus legibus; l.* 31, *ff. de legib.* Il est vrai que, par la Charte-Normande, le roi accorde le retrait lignager sur lui; mais on pourrait dire que c'est un privilége particulier à la province de Normandie.

Néanmoins il y a des auteurs qui pensent que le retrait peut être exercé sur le roi, lorsque l'acquisition qu'il a faite n'est pas pour cause d'utilité publique; parce que, encore que le prince ne soit pas proprement sujet à ses lois, néanmoins il veut bien s'y assujettir, suivant ces belles paroles de Théodose, en la loi 4, *Cod. dict. tit. Digna vox est majestate regnantis, legibus alligatum se principem profiteri; adeò de auctoritate juris nostra pendet auctoritas. Et reverà majus Imperio est, legibus submittere Principatum.*

195. Dans les Coutumes, qui donnent la préférence au lignager, quoique plus éloigné, mais qui a prévenu, et même dans celles qui ne la lui accordent qu'après que le retrait a été exécuté à son profit, on doit décider, à plus forte raison, que lorsqu'un lignager a acheté directement, les autres lignagers, quoique plus prochains en degré que lui, ne peuvent exercer le retrait sur lui. Il en est de même si, l'héritage ayant été vendu à un étranger, cet héritage, avant aucune demande en retrait, a passé, à quelque titre que ce soit, à un lignager; de là cette maxime de Loysel, *art.* 9 : *Lignager sur lignager n'a point de retenue.*

196. Lorsqu'un héritage est vendu à un étranger, pendant sa communauté de biens avec une femme lignagère, le retrait ne peut être exercé sur l'acheteur, quoique étranger, tant que la communauté dure. La raison est, que l'union du mariage, jointe à la communauté de biens qui est entre le mari et la femme, les fait regarder comme n'étant, par rapport aux biens de la communauté, qu'une seule personne; ce que les Coutumes expriment par ces termes dont elles se servent, sont UNS *et communs, etc.*; d'où il suit que le mari, quoiqu'il soit de son chef étranger de la famille, est, du chef de sa femme lignagère, réputé, en quelque façon, de la famille du vendeur, tant que dure cette communauté. L'héritage étant donc censé n'être pas encore sorti de la famille, il n'y a pas lieu au retrait tant que la communauté dure; mais après la dissolution de la communauté, il y aura lieu au retrait de la portion du mari étranger, ou de ses héritiers étrangers; c'est celui qu'on appelle *retrait de mi-denier,* dont nous devons traiter *infrà*, au chapitre 13.

197. Quoique l'acheteur soit étranger, s'il a des enfans lignagers, retrait n'a lieu; *Paris, art.* 156; *Orléans, art.* 403. Loysel en a fait une maxime, *l.* 3, *tit.* 5, *art.* 29. La raison est que, suivant la loi 11, *ff. de lib. et posthum.*, les biens des pères étant censés en quelque façon les biens des enfans, qui, selon l'ordre et le vœu de la nature, y doivent un jour succéder à leur père, l'héritage, en ce cas, n'est pas censé être mis hors de la famille, devant y être conservé par les enfans lignagers qui y succéderont.

Cette raison milite à l'égard des enfans, en quelque degré qu'ils soient. C'est pourquoi, on ne doit pas douter que, dans ces dispositions de Coutumes, le terme d'*enfans*, comprend les petits-enfans.

198. Comme c'est cette espérance qui empêche que la vente, faite à cet étranger, ne donne ouverture au retrait, aussitôt que cette espérance cesse, *quasi remoto impedimento;* la vente, faite à cet étranger, commence à y donner ouverture. Notre Coutume d'Orléans, *art.* 403, en rapporte un exemple; car après avoir dit : *Quand celui, qui n'est en ligne, a des enfans qui sont en ladite ligne, retrait n'a lieu*, elle ajoute : *mais s'il revend l'héritage, il sera sujet à retrait :* ce qui doit s'entendre sur la vente qui lui en a été faite. La raison est, que l'espérance, que les enfans lignagers succéderaient, dans cet héritage, à leur père, venant à cesser par l'aliénation que l'acheteur en a faite, la vente, faite à cet acheteur étranger, doit commencer à donner ouverture au retrait lignager qui n'avait été arrêté et empêché que par cette espérance.

Ce cas de revente, faite par l'acheteur, n'est rapporté, en l'article ci-dessus cité, que comme un exemple de notre régle : c'est pourquoi, dans tous les autres cas, auxquels l'espérance de la conservation de l'héritage dans la famille cessera, on doit pareillement décider que la vente commencera à donner ouverture au retrait.

De là il suit que la vente, faite à un étranger qui a des enfans lignagers, doit donner ouverture au retrait, non seulement lorsqu'il le revend à un étranger, mais lorsqu'il l'aliène à quelque autre titre que ce soit, comme de donation ou de legs.

Pareillement, elle y doit donner ouverture, lorsque tous les enfans lignagers de cet acheteur étranger viennent à le prédécéder, ou lorsque, lui ayant survécu, ils ont renoncé à sa succession; et le temps du retrait doit, en ce cas,

commencer du jour du prédécès du dernier, ou de sa renonciation, sans qu'il soit besoin de formalités particulières pour les rendre publics. *Loysel, ibid.* 31.

Elle y doit pareillement donner ouverture, lorsque cet acheteur ayant des enfans de différens mariages, l'héritage tombe, par le partage, au lot de ceux qui ne sont pas lignagers.

199. Cette disposition des Coutumes qui empêche le retrait, lorsque l'acheteur étranger a des enfans lignagers qui ont espérance d'y succéder un jour, étant établie en faveur des enfans, on a jugé qu'elle ne devait empêcher le retrait qu'à l'égard des autres lignagers, et que ces enfans y doivent être admis, s'ils jugeaient à propos de l'exercer sur leur père, suivant cette règle : *Quod in favorem alicujus introductum est, non debet in eum retorqueri.* C'est ce qui a été jugé par un arrêt rapporté par Bardet, *liv.* 8, *chap.* 42.

200. Lorsque l'acheteur est lignager du vendeur, par rapport à une partie des choses comprises au contrat, et étranger par rapport à d'autres, comme lorsque mon parent paternel m'a vendu, par un même contrat et pour un même prix, des héritages de ma ligne et des propres maternels; en ce cas, suivant le droit commun, il doit y avoir lieu au retrait sur cet acheteur pour les héritages desquels il est étranger, sans qu'on puisse retirer sur lui, malgré lui, ceux qui sont de sa ligne; et il n'importe qu'ils fassent la plus grande ou la plus petite partie de l'acquisition; mais il peut, pour son indemnité, obliger le retrayant à retirer le tout, lorsqu'il est vraisemblable qu'il n'eût pas acheté l'un sans l'autre.

Notre Coutume d'Orléans, *art.* 396, a suivi, en ce cas, un principe particulier : elle exclut, en ce cas, le retrait, lorsque la portion, pour laquelle l'acquéreur est étranger, est moindre que celle qui est de sa ligne. Au contraire, lorsque la portion, pour laquelle il est étranger, est la plus forte, elle admet le lignager à retraire le total, même ce qui n'est pas de sa ligne, la plus forte partie attirant, en ce cas, la plus faible. Lorsque les parties sont égales, il y a lieu au retrait, mais seulement de la partie pour laquelle l'acheteur est étranger, à moins qu'il ne voulût, pour son indemnité, délaisser le total. Voyez *nos notes sur la Coutume d'Orléans, art.* 396.

CHAPITRE VI.

Comment le retrait peut-il s'exercer, et s'il peut s'exercer pour partie de ce qui est contenu au contrat.

On peut, sur cette question, supposer trois différens cas; le premier, lorsque tous les héritages compris au contrat sont de la ligne du retrayant; le second, lorsqu'un héritage de la ligne du retrayant a été vendu par un même contrat et pour un même prix, avec d'autres qui sont d'une autre ligne ou qui sont acquêts; le troisième, lorsque l'héritage de la ligne du retrayant a été vendu par un même contrat et pour un même prix, avec un autre héritage dont le retrayant est propriétaire.

Premier cas.

201. Lorsque tous les héritages, compris en un contrat de vente, sont de la ligne du retrayant, tous conviennent que le retrayant n'est point admis à exercer le retrait pour partie contre l'acquéreur du total; qu'il doit les retirer tous, et prendre le marché en entier.

Cette décision a lieu, même dans le cas auquel le temps du retrait serait passé pour quelques-uns des héritages compris au marché, et durerait encore à l'égard des autres. Supposons, par exemple, que les héritages sont situés en différentes juridictions. L'année, depuis l'insinuation faite dans la juridiction où est situé l'un des héritages, est passée, et l'on a omis de la faire dans la juridiction où l'autre héritage est situé; le retrayant ne sera pas admis au retrait de cet héritage seul, si l'acquéreur ne veut pas lui délaisser l'un sans l'autre. Le lignager ne peut pas, pour se dispenser de retirer l'héritage à l'égard duquel l'acquéreur a satisfait à l'insinuation, alléguer que le temps de le retirer est passé; car ce n'est pas en faveur du lignager, mais en faveur de l'acquéreur, que la Coutume a prescrit ce temps.

Ce lignager, qui peut être obligé, en ce cas, de retirer le tout, peut-il de même, en ce cas, obliger l'acquéreur à souffrir le retrait du tout? Quelques Coutumes ont décidé pour l'affirma-

tive. Notre Coutume d'Orléans, *art.* 395, en a une disposition; mais, dans les Coutumes qui ne s'en sont pas expliquées, il me paraît qu'on doit décider que l'acquéreur peut, si bon lui semble, ne délaisser que l'héritage à l'égard duquel le temps du retrait dure encore, et retenir celui à l'égard duquel le temps du retrait est passé. En vain dit-on que le retrait d'un marché est indivisible; car c'est en faveur de l'acheteur qu'il est indivisible, afin qu'il soit indemnisé : or, on ne peut rétorquer contre lui ce qui a été établi en sa faveur.

202. Tiraqueau, *ad fin. tit. Q.* 12, a donné dans une extrémité opposée; car, du principe que le retrait d'héritage compris dans un marché est indivisible, il eu a tiré cette conséquence, que le lignager, qui a laissé passer le temps du retrait pour une partie des héritages compris au marché, ne peut plus rien retirer du tout : car, dit-il, n'ayant droit de retirer que le tout, ne lui étant pas permis de retirer pour partie, il suffit qu'il y ait quelque chose qu'il ne puisse pas retirer, pour qu'il ne puisse retirer rien du tout. Il apporte pour exemple une vente, qui aurait été faite pour un seul et même prix, d'héritages dont partie serait située en Bretagne, l'autre en Poitou ; il prétend qu'aussitôt que l'acheteur est exclu du retrait pour les héritages qui sont situés en Bretagne, par le laps du mois que cette Coutume prescrit pour le tems du retrait, il est exclu aussi de ceux situés en Poitou, quoiqu'il soit encore dans l'année que la Coutume accorde pour le retrait. Cette décision de Tiraqueau ne me paraît pas juste, et son raisonnement est un pur sophisme. L'indivisibilité du droit de retrait n'est pas une indivisibilité *d'obligation*; le droit des lignagers n'est pas une créance indivisible *obligatione*. L'indivisibilité de ce droit ne concerne que son exécution, ce n'est qu'une indivisibilité *solutione*. C'est ce qui résulte des principes sur les obligations divisibles et indivisibles que nous avons établis en notre Traité des obligations, *part.* 2, *chap.* 4, *sect.* 2; car, suivant ces principes, un droit de créance n'est indivisible que lorsqu'il a pour objet quelque chose d'indivisible, c'est-à-dire quelque chose qui ne soit pas susceptible de parties, ni réelles, ni intellectuelles. Or, le marché, qui fait l'objet du droit de retrait, et auquel les lignagers ont droit de demander à être subrogés, n'est pas une chose indivisible, puisque ce marché a pour objet des choses très divisibles, et que ce droit de retrait se divise en effet lorsqu'il y a plusieurs acquéreurs, ou que l'acquéreur a laissé plusieurs héritiers; *suprà*, *n.* 25.

Le droit de retrait est donc un droit divisible *obligatione*, et par conséquent, rien n'empêche qu'il ne puisse s'éteindre pour partie des héritages contenus au marché, et subsister pour l'autre partie; l'indivisibilité de ce droit ne concerne que son exécution, en ce que l'acquéreur, sur qui le retrait est exercé, peut obliger le lignager à prendre le marché en entier, et à retirer tout ou rien. La raison de ceci est que le retrait ne peut s'exercer qu'à la charge d'indemniser l'acquéreur sur qui il s'exerce; et que cet acquéreur ne serait pas parfaitement indemnisé, si on ne lui retirait qu'une partie des choses comprises au marché, et qu'on lui laissât les autres qu'il n'eût pas voulu acheter sans celles qu'on lui retire. Mais, de cette indivisibilité du droit de retrait dans son exécution, il ne s'ensuit autre chose, sinon que l'acquéreur peut, pour son indemnité, obliger le retrayant à retirer tout ou rien; et il ne s'ensuit nullement que l'extinction du droit de retrait, pour une partie des choses comprises au marché, doive entraîner l'extinction de ce droit pour le surplus.

203. Le principe que le retrait d'héritages d'une même ligne, compris dans un même marché, ne s'exerce que pour le total, souffre exception dans la Coutume de Bretagne.

Elle permet, *art.* 308, au lignager qu'elle appelle *presme*, de retirer une partie de ce qui est compris dans un contrat de vente, lorsqu'il affirme n'avoir pas le moyen de retirer le tout, et que ce qui est compris au contrat, peut commodément se partager.

204. Partout ailleurs, il ne peut y avoir de difficulté que sur la question de fait, si les héritages ont été vendus par un seul et même contrat de vente, ou par différens contrats de vente.

Étant de l'essence du contrat de vente qu'il y ait une chose qui soit vendue, et un prix pour lequel elle soit vendue, lorsque tous les héritages ont été vendus pour un seul et même prix, il n'y a qu'un seul contrat de vente, et par conséquent le retrayant ne peut être admis au retrait, s'il ne les retire tous : au contraire, si chaque héritage a été vendu, quoique par même charte, pour un prix séparé; si la charte porte autant de prix que d'héritages, il y a autant de contrats de vente qu'il y a d'héritages, et le lignager peut retirer l'un de ces héritages sans retirer les autres; *Arg. l.* 34, § 1, *ff. de Ædil. edict.*

205. Lorsqu'on a assigné d'abord à chaque héritage un prix séparé, quoiqu'à la fin de l'acte tous ces prix aient été assemblés en une somme, il ne laisse pas d'y avoir autant de contrats de vente que d'héritages, et, en conséquence, le retrayant doit être admis à retirer l'un d'eux sans les autres; comme lorsqu'il est dit, par le contrat, qu'on a vendu une telle métairie pour la somme de 10,000 livres, une telle maison pour

la somme de 6,000 livres, et un tel pré pour la somme de 2,000 livres; toutes lesquelles sommes font celle de 18,000 livres que l'acheteur s'oblige à payer, etc.

Vice versâ, lorsqu'on a assigné d'abord un seul prix pour tous les héritages compris au marché, qui a été réparti ensuite, par le même acte, en différentes sommes pour le prix de chaque héritage; comme lorsqu'il est dit qu'on vend tels héritages pour le prix de 20,000 livres; savoir, un pour 12, et l'autre pour 8,000 livres; Tiraqueau, *ibid.*, *n.* 21, pense qu'il y a pareillement, dans ce cas, autant de ventes que d'héritages, et que les lignagers doivent être admis à retirer l'un sans l'autre. Ce cas-ci, néanmoins, pourrait souffrir un peu plus de difficulté que le précédent; car, tous les héritages ayant été vendus d'abord pour un seul et unique prix, on pourrait dire que l'intention des parties a été de ne faire qu'une vente de tous les héritages, et que la répartition du prix qui a été faite ensuite sur chaque héritage n'est qu'une simple ventilation.

Néanmoins, je pense qu'on doit s'en tenir à la décision de Tiraqueau, et que la distribution du prix est une preuve de la volonté qu'ont eue les parties de faire plusieurs ventes; à moins qu'il ne soit porté par l'acte, que cette distribution s'est faite pour une autre cause.

206. Quelquefois, quoique plusieurs héritages aient été vendus pour des prix séparés par même charte, l'acte est présumé ne renfermer qu'un seul et unique contrat de vente de tous ces héritages, et, en conséquence, le retrait n'est pas admis de l'un sans les autres. On doit le présumer ainsi, lorsque ces héritages sont de nature à ne pouvoir pas être séparés les uns des autres, sans qu'ils en soient considérablement dépréciés, et tels que vraisemblablement l'acheteur n'eût pas acheté les uns sans les autres. On présume, en ce cas, que les parties, en assignant à chaque héritage des prix différens, n'ont pas eu, pour cela, intention de faire différentes ventes, mais seulement de faire une ventilation du prix pour lequel tous ces héritages étaient vendus par un seul et même contrat de vente; *facit l.* 34, § 1, ff. *de Ædil. edict.*

207. Tiraqueau et Grimaudet rapportent un autre cas, auquel, quoique des héritages aient été aliénés pour des prix séparés, il n'y a pas pour cela plusieurs ventes, et le retrait ne peut en conséquence être admis de l'un de ces héritages sans les autres; c'est le cas auquel un débiteur d'une dette unique et indivise d'une certaine somme d'argent donne à son créancier, en paiement de cette somme, plusieurs héritages, chacun pour différens prix, qui tous ensemble montent à la somme due. Quoique, par cet acte, chacun des héritages soit donné en paiement pour un prix différent, néanmoins cet acte n'est pas censé renfermer plusieurs actes, mais un seul acte de dation en paiement, par lequel tous les héritages, qui y sont compris, sont donnés en paiement de la dette : cet acte ne donne, par conséquent, ouverture qu'à un seul retrait de tous les héritages qui y sont compris. La raison est que le paiement d'une dette indivise, ne devant se faire que pour le total, et le créancier n'étant pas obligé de recevoir des paiemens partiels, il est vraisemblable que le créancier, en recevant ces héritages, quoique pour différens prix, en paiement de sa dette, n'a entendu recevoir qu'un seul et même paiement de toute sa dette; la somme unique, qui était due au créancier, a été un prix unique pour lequel tous ces héritages ont été donnés en paiement de la dette; les différens prix assignés à chaque héritage n'en sont que la répartition.

208. Lorsqu'un acte renferme plusieurs contrats de vente de différens héritages, faits pour des prix séparés, le lignager peut retirer l'un de ses héritages sans retirer les autres. Néanmoins, s'il a donné une demande générale et indéfinie en retrait des héritages compris dans cet acte, la Coutume de Tours, *art.* 180, ne lui permet pas de la restreindre, et veut, qu'en ce cas, il soit tenu de retirer tout ou rien.

Je pense que cette disposition n'est pas fondée en bonnes raisons, et qu'elle ne doit pas être suivie hors de son territoire : l'exploit de demande renferme autant d'actions en retrait qu'il y a de contrats de vente qui y ont donné ouverture, lesquelles actions en retrait, pour être contenues *uno eodemque libello*, n'en sont pas moins des actions distinctes et séparées : c'est pourquoi, rien n'empêche que le retrayant ne puisse suivre l'une de ces actions et abandonner les autres.

Second cas.

209. Lorsqu'un héritage d'une certaine ligne a été, par un même contrat et pour un même prix, vendu avec d'autres héritages d'autres lignes, ou même avec des acquêts et autres choses qui ne sont pas susceptibles de retrait lignager; alors le lignager, suivant presque toutes les Coutumes, n'a le droit d'exercer le retrait que de l'héritage de sa ligne, comme nous l'avons vu *suprà*, *ch.* 3, *art.* 3. Il n'en faut excepter que quelques Coutumes particulières, telles que notre Coutume d'Orléans, *art.* 395, qui donnent au lignager le droit de retirer, avec l'héritage de sa ligne, tout ce qui est compris au marché. Mais quoique le lignager n'ait le droit de retirer que l'héritage de sa ligne, l'acquéreur peut-il, pour son indemnité, l'obliger à retirer tout ou

rien? Les Coutumes ont varié sur cette question. Suivant le droit le plus commun, l'acquéreur, sur qui le retrait est exercé, et qui n'eût pas voulu acheter les autres choses comprises au marché sans celles dont on exerce le retrait, peut, pour son indemnité, obliger le retrayant à retirer le tout ou rien; Melun, 150; Mantes, 81; Péronne, 246; Touraine, 178, etc. Loysel, *Traité des retraits*, en a fait deux maximes. *Retrait ne se reconnaît à quartier*, Max. 35. *Et pour ce, quand plusieurs héritages sont vendus par un même contrat et pour un même prix, desquels les uns sont sujets à retrait, les autres non, il est au choix de l'acquéreur de délaisser le tout, ou ceux de sa ligne seulement*; Max. 36, *ibid*.

En cela, le retrait lignager diffère du seigneurial; car, dans celui-ci, *le seigneur n'est contraignable reprendre ce qui n'est de son fief*; Loysel, *ibid*; Max. 37. La Coutume de Tours, *art*. 178, observe expressément cette différence.

La raison de cette différence est, que le retrait féodal appartenant au seigneur en vertu d'un droit retenu, du moins implicitement, par l'inféodation, il ne doit pas être au pouvoir du vassal d'y donner atteinte, et d'en rendre l'exercice plus difficile, en vendant d'autres choses par le même marché avec son fief; au lieu que le retrait lignager n'étant accordé que par une pure grâce de la loi, cette grâce ne doit pas donner atteinte à la liberté naturelle que chacun doit avoir de disposer de ses biens de la manière que bon lui semble, ni par conséquent empêcher que je ne puisse, pour ma commodité, vendre par un même contrat et pour un même prix mon héritage sujet au retrait, avec d'autres choses; et l'acquéreur, qui ne les aurait pas achetées sans l'héritage qu'on lui retire, doit, pour son indemnité, pouvoir contraindre le retrayant à prendre tout ou rien.

210. Tel est le droit commun. Néanmoins il y a quelques Coutumes, qui, plus favorables au retrait lignager, et pour n'en point gêner l'exercice, s'en sont écartées. Telle est la Coutume de Meaux, laquelle, après avoir dit, en l'*art*. 104, que l'acheteur *n'est tenu de recevoir le retrayant pour partie des héritages vendus ensemblement*, ajoute en l'article suivant, *si ce n'était que l'acheteur n'eût acheté des héritages* (d'une ligne) *dont le retrayant ne fût venu; car, en ce cas, l'acheteur ne serait contraint les délaisser, ni le retrayant les prendre, s'il ne lui plaisait*.

La Coutume de Laon, *art*. 239, dit que le retrayant ne doit être contraint à prendre ce qui n'est pas de sa ligne; mais elle apporte ce tempérament, *sinon que l'acheteur eût grand et notable intérêt et incommodité de laisser l'une des choses sans l'autre*.

211. De cette variété de Coutumes naît une question. Mon parent a vendu, par un même marché et pour un même prix, un héritage de ma ligne, situé sous la Coutume de Melun, avec un acquêt situé sous celle de Meaux; puis-je, en exerçant le retrait de l'héritage de ma ligne situé sous la Coutume de Melun, qui permet à l'acquéreur d'obliger le retrayant à retirer tout ou rien, être contraint par l'acquéreur à retirer aussi l'héritage situé sous la Coutume de Meaux, qui n'impose pas une pareille obligation au retrayant? Pour la négative, on dira que les dispositions des Coutumes ne sont faites qu'à l'égard des héritages situés dans leur territoire; par conséquent la disposition de la Coutume de Melun, qui oblige le retrayant, lorsque l'acquéreur le requiert, à retraire, avec l'héritage dont elle lui accorde le retrait, tous ceux qui ont été vendus par un même marché, ne peut concerner que les héritages vendus par un même marché, qui sont situés dans son territoire; et elle ne peut obliger le retrayant à les prendre, s'ils sont hors de son territoire. Pour l'opinion contraire, on dit que la raison ultérieure, pour laquelle les Coutumes ne disposent qu'à l'égard des héritages qui sont situés dans leur territoire, est parce qu'elles ne peuvent exercer d'empire hors de leur territoire. Mais la Coutume de Melun, en ordonnant que le retrayant sera tenu de prendre avec l'héritage dont elle lui accorde le retrait, ceux qui ont été vendus par un même marché, n'exerce son empire que sur l'héritage dont elle accorde le retrait, elle n'en exerce aucun sur ceux qui ont été vendus par un même marché; elle ne donne aucun droit sur ces héritages; elle ne les rend pas sujets au retrait, puisque l'acheteur est maître de les garder, s'il le juge à propos. La Coutume de Melun ne fait autre chose, par cette disposition, que d'apposer des conditions au droit de retrait qu'elle accorde: or, on ne peut disconvenir qu'ayant été au pouvoir de la loi de Melun d'accorder ou de ne pas accorder le retrait des héritages situés dans son territoire, il a dû pareillement être en son pouvoir d'y apporter telles conditions qu'elle a jugé à propos, et par conséquent celle de prendre les héritages vendus par le même marché, quelque part qu'ils soient situés. J'incline à cette seconde opinion.

212. *Vice versâ*, si l'héritage de ma ligne est situé sous la Coutume de Meaux, je pourrai le retirer sans retirer en même temps ce qui est situé sous la Coutume de Melun; car c'est à la Coutume où l'héritage de ma ligne est situé, et qui en accorde le retrait, à régler les conditions sous lesquelles elle l'accorde.

Troisième cas.

213. Lorsque mon parent a vendu, pour un seul et même prix, son héritage avec un autre héritage qui m'appartient, on demande si, en revendiquant mon héritage, qui a été vendu avec celui de mon parent, je pourrais exercer le retrait de celui de mon parent, en rendant seulement partie du prix et des loyaux coûts du marché à proportion. La raison de douter est, que personne ne peut être obligé à l'impossible. Il est impossible *per rerum naturam* d'être acheteur de sa propre chose; *l.* 16, ff. *de contrah. empt.*; et c'est se rendre acheteur que d'exercer le retrait. Je ne puis donc pas, en exerçant le retrait de l'héritage de mon parent, qu'il a vendu par un même marché avec le mien, être obligé d'exercer le retrait du mien; et dès que je n'exerce le retrait que pour partie de ce qui est contenu au marché, je ne puis être obligé au remboursement du prix et des loyaux coûts du marché que pour cette partie, sauf à l'acheteur d'avoir son recours de garantie contre le vendeur pour l'héritage qui m'appartient, et qu'il lui a vendu. Nonobstant ces raisons, on doit décider avec Tiraqueau, § 23, *gl.* 1, *n.* 22, et Grimaudet, 1, 10, que si l'acheteur a acheté de bonne foi l'un et l'autre héritage par un même marché, je ne puis être admis au retrait de l'héritage de mon parent, qu'en indemnisant l'acquéreur de tout le prix et de tous les loyaux coûts du marché, sauf mon recours contre le vendeur qui a vendu mal à propos un héritage qui m'appartenait, et en a touché le prix. La raison de cette décision est, que lorsque j'exerce le retrait de l'héritage de mon parent, quoique je ne puisse pas proprement être censé exercer aussi le retrait de celui qui m'appartient, qui lui a été vendu par le même marché, et que l'acheteur soit obligé de me le délaisser sur la revendication que j'en forme, il suffit qu'il ne reste rien à cet acheteur de ce qui était contenu au marché pour lequel j'exerce le retrait, pour que je doive lui rembourser tout le prix et tous les loyaux coûts de ce marché : car je dois le rendre parfaitement indemne; et ce ne serait pas le rendre indemne, que de le renvoyer à exercer un recours contre le vendeur, pour le prix de l'héritage qui m'appartient. *Nec obstat* que je n'exerce pas le retrait de celui-ci; car, lorsque quelqu'une des choses comprises au marché est périe, quoique je ne puisse pas exercer le retrait de cette chose qui n'existe plus, néanmoins si j'exerce le retrait du surplus, je dois rendre à l'acheteur tout le prix et tous les loyaux coûts du marché, parce qu'il suffit qu'il ne lui reste rien du marché, pour qu'il doive être remboursé du total, devant être rendu parfaitement indemne.

214. Grimaudet, 1, 10, apporte une exception à cette décision, dans le cas auquel l'acheteur aurait, en achetant, connaissance que l'héritage, qui lui a été vendu conjointement avec celui de mon parent, m'appartenait. En ce cas l'acheteur ayant, par mauvaise foi, laissé comprendre dans le marché l'héritage qu'il savait m'appartenir, il n'est pas recevable à répéter contre moi, lorsque j'exerce le retrait, les loyaux coûts du marché pour raison du mien, et il doit être renvoyé contre le vendeur.

CHAPITRE VII.

Dans quel temps doit s'exercer le retrait lignager.

215. Il était de l'intérêt public, en accordant aux parens du vendeur le droit de retrait lignager, de leur fixer un temps court dans lequel ils dussent l'exercer, afin que les acheteurs ne fussent pas trop long-temps empêchés, par la crainte du retrait, d'améliorer leurs héritages.

Il faut voir, 1° quel est ce temps, 2° de quand il commence à courir, 3° quand le lignager est censé exercer le retrait dans le temps prescrit.

ARTICLE PREMIER.

Quel est le temps, réglé par les Coutumes, dans lequel le retrait doit être exercé.

216. Les Coutumes ont différemment réglé ce temps : celle d'Auvergne le fixe à trois mois du jour de la prise de possession réelle par l'acheteur : celle de Bourbonnais accorde un pareil temps pour le retrait des immeubles corporels, et six mois pour celui des droits incorporels; celle de Berry n'accorde que soixante jours depuis le contrat; plusieurs Coutumes de Flandre n'en accordent que quarante depuis la publication du contrat en justice. Il y en a une qui accorde dix-sept jours et dix-sept nuits depuis *le vest*, c'est-à-dire depuis que l'acheteur s'est fait ensaisiner.

Le plus grand nombre des Coutumes a fixé ce temps à un an.

217. Plusieurs, telles que celles de Paris et

d'Orléans, disent *dans l'an et jour :* mais par ces termes *et jour,* il ne faut pas croire qu'elles accordent un jour de plus que les Coutumes qui disent simplement *dans l'année;* elles n'ont entendu autre chose, sinon qu'elles accordent le terme d'un an, *non compris le jour du terme* duquel le temps doit courir; et elles décident, par là, la fameuse question agitée autrefois par d'anciens interprètes, *an dies termini debeat computari in termino.*

Par exemple, dans notre Coutume d'Orléans, dans laquelle le temps de retrait court du jour de l'insinuation du contrat; si j'ai acheté un héritage le premier mai 1770, et que le contrat ait été insinué le même jour; quoique le dernier jour de l'année, en la commençant au premier mai 1770, soit le dernier jour d'avril 1771, néanmoins la famille a encore tout le jour du premier mai 1771, parce que la Coutume, qui ne veut pas que le jour du premier mai, qui est le jour du terme duquel l'année a commencé à courir, soit compté, accorde un jour après la révolution de l'année, qui tient lieu du premier jour du terme, qui ne doit pas être compté.

Mais il ne serait plus temps le 2 mai; voyez *plusieurs arrêts cités par Duplessis et ses annotateurs.*

218. Cet an et jour, que les Coutumes accordent pour le temps du retrait, est un espace de trois cent soixante-cinq jours, non compris le jour du terme. Ce temps se compte par jours et non par momens; c'est pourquoi il n'importe en quel temps de la journée l'insinuation du contrat ait été faite : quand même elle aurait été faite le premier jour de mai 1770, avant midi, la famille n'en aura pas moins toute la journée du premier mai 1771, jusqu'au soir, pour exercer le retrait.

219. Observez aussi que si l'année est une année bissextile, le jour intercalaire, qui est le 29 de février, n'est pas compté dans les trois cent soixante-cinq jours : il est censé, lorsqu'il est question de composer une année, ne faire qu'un même jour avec le jour précédent.

220. Il nous reste à observer que le temps prescrit, par les Coutumes, pour le retrait, ne peut être restreint ni prorogé par la convention des parties.

Il est évident qu'il ne peut être restreint, puisque les parties ne peuvent pas donner atteinte au droit de retrait, suivant que nous l'avons vu au chap. 1, § 2.

Il ne peut non plus être prorogé en tant que le retrait lignager a un temps plus long que celui fixé par la Coutume, parce que les prescriptions étant de droit public, leur terme, et par conséquent le temps de leur durée, ne peuvent être changés par les conventions des particuliers, suivant la règle, *Privatorum pactis juri publico derogari non potest.*

Mais rien n'empêche qu'une personne, en vendant son héritage, ne puisse le vendre à la charge du retrait, au profit de sa famille, pendant un temps plus long que celui réglé par les Coutumes pour le retrait lignager, parce que ce retrait, à la charge duquel il vend son héritage, est un retrait conventionnel qui n'est sujet ni au temps, ni aux formalités du retrait lignager.

ARTICLE II.

De quand commence à courir le temps réglé pour exercer le retrait.

221. Pour que le temps du retrait puisse commencer à courir, il faut, avant toutes choses, que le droit de retrait soit ouvert et puisse être exercé; voyez *sur l'ouverture du retrait,* suprà, *chap.* 4, *art.* 4.

Il faut de plus que tout ce que la Coutume du lieu où l'héritage est situé, et l'édit des insinuations, exigent pour faire courir le temps du retrait, ait été observé.

Enfin il faut qu'il ne se rencontre aucune autre cause qui empêche le temps du retrait de courir.

§ I. DE CE QUI EST REQUIS PAR LES DIFFÉRENTES COUTUMES, ET PAR L'ÉDIT DES INSINUATIONS, POUR FAIRE COURIR LE TEMPS DU RETRAIT.

222. Les Coutumes sont fort différentes entre elles sur ce qu'elles exigent pour faire courir le temps du retrait.

Plusieurs veulent que ce temps ne coure que du jour que l'acquéreur est entré en possession réelle et actuelle de l'héritage : les Coutumes de Dunois, *art.* 79, et de Chartres, *art.* 67, sont de ce nombre.

La raison, sur laquelle ces Coutumes se fondent, est que la famille du vendeur n'est pas suffisamment avertie de la vente de l'héritage, par le contrat qui en a été passé, que la famille peut ignorer. Pour qu'elle en soit suffisamment avertie, il faut qu'elle voie l'acquéreur en possession de l'héritage.

Il résulte de ces termes, *possession réelle et actuelle,* que la possession, que l'acquéreur acquiert par la voie de la tradition feinte, n'est pas suffisante, dans ces Coutumes, pour faire courir le temps du retrait. Par exemple, lorsque, par le contrat de vente, ou par un acte séparé, l'acquéreur a fait au vendeur un bail à ferme ou à loyer de l'héritage vendu, ou lorsque le vendeur en a retenu l'usufruit, ou lorsque, par une clause de constitut, il a déclaré ne le retenir désormais qu'au nom de l'acquéreur, et pour lui; quoique, par toutes ces manières, l'acqué-

reur prenne possession de l'héritage par le ministère du vendeur, et qu'il le possède par le vendeur, qui ne retient l'héritage qu'au nom de l'acquéreur comme son fermier ou locataire, ou comme le tenant de lui précairement ou à titre d'usufruit; néanmoins, dans tous ces cas, cette possession de l'acquéreur n'est pas suffisante, dans ces Coutumes, pour faire courir le temps du retrait. Cette possession n'est pas une possession réelle et actuelle de l'acquéreur : on ne le voit pas en possession, on voit toujours au contraire le vendeur jouir de l'héritage; et le bail à ferme ou à loyer qui lui a été fait, et les autres actes, desquels il résulte que c'est au nom et pour l'acquéreur qu'il tient l'héritage, sont des actes qui peuvent être aussi ignorés de la famille que le contrat de vente.

223. C'est une possession réelle et actuelle non équivoque, lorsque l'acheteur est venu lui-même occuper la maison qui lui a été vendue, ou qu'il fait valoir par ses mains l'héritage qui lui a été vendu.

Il n'est pas équivoque non plus, lorsque le vendeur, qui jouissait par lui-même de l'héritage qu'il a vendu, en a quitté la jouissance, et que l'acheteur en a passé bail à ferme ou à loyer à un tiers.

Lorsque c'est le même fermier ou locataire, qui tenait l'héritage du vendeur, qui demeure en jouissance de l'héritage, l'acquéreur ayant acquis à la charge de l'entretien du bail, il faut que l'acquéreur, ou se soit transporté lui-même sur l'héritage, ou y ait envoyé quelqu'un de sa part, et s'y soit fait reconnaître publiquement, par les fermiers et locataires, pour propriétaire de l'héritage, ou qu'il ait fait d'autres actes qui fassent connaître sa possession, de manière qu'on ne puisse l'ignorer.

224. C'est un usage, dans le Dunois, que les acquéreurs, qui craignent le retrait, se transportent sur l'héritage par eux-mêmes, ou par quelqu'un de leur part, et s'y font donner acte par un notaire, en présence de témoins, de la prise de possession qu'ils font de l'héritage. Cet acte n'est pas, par lui-même, nécessaire pour faire courir le temps du retrait dans cette Coutume, puisque cette Coutume n'exige point cette formalité. Lorsque la possession réelle de l'acheteur ne peut être équivoque, comme lorsqu'il jouit par lui-même de l'héritage qu'il a acheté, cet acte est entièrement inutile et superflu : il peut être utile pour constater la possession réelle de l'acquéreur, dans les cas auxquels elle pourrait être révoquée en doute.

225. Quelques Coutumes ne se contentent pas de la possession réelle de l'acheteur pour faire courir le temps du retrait; elles exigent qu'il s'en fasse donner acte devant notaire, en présence de témoins. Telle est celle de Château-Neuf, *art.* 77; de la Marche, *art.* 263, etc. Dans ces Coutumes, cet acte est indispensable pour faire courir l'an du retrait. Le motif de ces Coutumes a été d'empêcher les procès sur la question de fait, depuis quand l'acheteur était, ou non, en possession réelle.

226. D'autres Coutumes, par un semblable motif, requièrent d'autres formalités pour faire courir le temps du retrait. Par exemple, celle de Normandie, *art.* 452 et *art.* 455, fait courir le temps du retrait du jour de la lecture et publication du contrat de vente, qu'elle veut être faite un jour de dimanche, à la porte de l'église paroissiale du lieu où l'héritage est situé, à l'issue de la messe de paroisse, dont acte doit être dressé par le curé, vicaire, sergent ou tabellion, et signé par quatre témoins.

227. Plusieurs Coutumes ne font courir le temps de retrait pour les héritages en fief, que du jour que l'acheteur en a porté la foi; et pour ceux tenus en censive, que du jour qu'il s'en est fait ensaisiner par le seigneur. La Coutume de Paris, *art.* 138, est de ce nombre.

Si c'était le seigneur lui-même qui en eût fait l'acquisition, ou si l'héritage était en franc-alleu, la Coutume de Paris, *art.* 132 et 159, veut, qu'en ce cas, le contrat soit publié en jugement, et insinué au plus prochain siége royal, pour que le temps du retrait puisse commencer à courir.

228. Quoique la Coutume de Paris et plusieurs autres disent que le temps du retrait court depuis la réception en foi, néanmoins il y a lieu de penser qu'il court pareillement du jour que l'acquéreur a été reçu en souffrance, ou du jour qu'il a dûment fait ses offres.

Ces Coutumes ne demandent cela que parce qu'elles réputent l'acquéreur n'avoir pas suffisamment pris possession, lorsqu'il ne s'est pas fait investir par le seigneur; mais la souffrance, en laquelle a été reçu l'acquéreur, aussi bien que les offres qu'il a dûment faites, équipollent à foi, et l'investissent, au moins tant qu'elles durent : elles doivent donc faire courir le temps du retrait. Notre Coutume, *art.* 364, s'en est expliquée formellement, et elle doit servir d'interprétation aux autres Coutumes qui ne s'en sont pas expliquées.

Mais la quittance des profits ne peut équipoller à la réception de foi, ni à l'ensaisinement, ni par conséquent faire courir le temps du retrait; *Arrêt de* 1605, *rapporté par Ricard.*

Lorsqu'il y a plusieurs coseigneurs par indivis, il suffit que l'acquéreur ait été reçu en foi, ou ensaisiné par l'un d'eux. C'est l'avis de Ricard sur Paris.

La réception par main souveraine, pendant

un combat de fief, fait aussi courir le temps du retrait; *Duplessis*.

229. Enfin, il y a des Coutumes qui ne requièrent aucune formalité pour faire courir le temps du retrait, et qui le font courir aussitôt qu'il est ouvert, et dès le jour du contrat : telles sont les Coutumes de Sens, d'Auxerre, et plusieurs autres.

Notre Coutume d'Orléans, *art.* 363, fait aussi courir le temps du retrait du jour du contrat, sauf à l'égard des héritages tenus en fief, à l'égard desquels le temps du retrait ne court que du jour que l'acheteur a été reçu en foi ou en souffrance, ou a dûment fait ses offres, *art.* 364.

230. L'édit des insinuations, de 1704, ordonne que le temps du retrait ne courra que du jour de l'insinuation.

Cette loi est observée dans tout le royaume, et dans les Coutumes qui faisaient courir le temps du retrait du jour du contrat : il ne peut plus, suivant cette loi, commencer à courir que du jour de l'insinuation. Au reste, cette loi ne dispense pas des autres formalités que les différentes Coutumes requièrent pour faire courir le temps du retrait, qui ne commence à courir qu'après que l'acheteur a satisfait à toutes les formalités, tant à celles requises par l'édit qu'à celles requises par les Coutumes.

231. Le certificat de l'insinuation, signé par le greffier des insinuations au bas de la minute de l'acte, et la mention, qui en est faite sur la grosse, ne supplée pas l'insinuation à l'effet de faire courir le temps du retrait, lorsque le contrat ne se trouve pas effectivement inscrit sur le registre, par l'inadvertance du greffier qui aurait omis de l'y inscrire. Les formalités sont de rigueur; l'acquéreur a dû s'en assurer par le registre même. C'est l'avis de Grimaudet, IX, 15, Vigier, et beaucoup d'autres. Il y a seulement, en ce cas, une action en dommages et intérêts contre le greffier qui l'a induit en erreur, et contre les traitans, qui sont responsables des fautes des commis qu'ils préposent, *utili actione institorià;* Vigier, Vaslin, etc.

Il en serait autrement, si le registre des insinuations de ce temps avait été incendié, ou, par quelque autre cause, ne se trouvait plus : l'attestation étant au bas de la minute, ferait foi de l'insinuation.

232. Le défaut d'insinuation empêche le temps du retrait de courir, même vis-à-vis des parens qui ont été présens au contrat, lesquels en peuvent opposer le défaut.

233. Lorsqu'on a vendu un héritage comme se faisant fort du propriétaire, quoiqu'il ne soit pas d'usage d'insinuer les actes de ratification, lorsque le contrat a été insinué avant que la ratification soit intervenue, et qu'on puisse peut-être, en conséquence, soutenir que l'insinuation de cet acte n'est pas nécessaire pour faire courir le temps du retrait, néanmoins il est plus sûr d'insinuer la ratification et la vente, parce que c'est par cette ratification que l'héritage est mis hors de la famille, et qu'il y a lieu au retrait.

234. La fraude des contractans, par laquelle on a dérobé à la famille la connaissance du contrat qui donnait ouverture au retrait, est une cause qui empêche le temps du retrait de courir; car c'est la même chose pour la famille que le retrait ne soit pas ouvert, ou qu'elle en ignore l'ouverture.

C'est pourquoi, si l'on a déguisé le contrat de vente sous la fausse apparence d'un contrat qui n'y était pas sujet, et que, long-temps après, l'on ait trouvé sous un scellé la contre-lettre qui a découvert la fraude, le temps du retrait n'aura pas couru jusqu'à la découverte de la fraude. L'an du retrait commencera-t-il au moins à courir du jour de la découverte de la contre-lettre? Je ne crois pas; car l'acte qu'on a fait paraître n'étant pas le véritable contrat de vente que les parties ont fait ensemble, n'étant au contraire que l'enveloppe dont on s'est servi pour le cacher, on n'a pas, par l'insinuation qui a été faite de cet acte, satisfait à la formalité de l'insinuation du contrat de vente, requise pour faire courir l'an du retrait. C'est pourquoi, à moins qu'on n'insinue aussi la contre-lettre, qui est l'acte qui contient le contrat de vente, l'an du retrait ne courra pas, et le droit de retrait ne pourra s'éteindre que par la prescription de trente ans.

235. Si, sans déguiser le contrat, on a pratiqué des manœuvres pour en dérober la connaissance à la famille; par exemple, si le vendeur, dans le seul dessein de cacher la vente, a affecté de rester en possession de l'héritage, de percevoir les fruits, qu'il rendait secrètement à l'acheteur; de faire les réparations, dont il se faisait faire raison secrètement par l'acheteur; l'an du retrait ne doit pas courir tant que ces manœuvres ont duré, quoique le contrat ait été insinué; car, quoique le registre des insinuations soit un registre public, on ne va pas le consulter lorsqu'on ne se doute de rien; et l'acquéreur, qui a pratiqué ces manœuvres, pour cacher son acquisition à la famille, n'est pas recevable à dire au retrayant qu'elle a dû lui être connue par l'insinuation.

Au reste, le juge ne doit pas être facile à recevoir la preuve des faits qu'on fait passer pour des manœuvres pratiquées afin de cacher à la famille le contrat de vente : il faut que ces faits soient tels que la fraude saute aux yeux : *Dolum ex perspicuis indiciis probari convenit; l.* 6, *Cod. de dol. mal.*

§ II. DES AUTRES CAUSES QUI EMPÊCHENT OU N'EMPÊCHENT PAS LE TEMPS DU RETRAIT DE COURIR.

236. On a agité autrefois la question, si la faculté de réméré empêchait le temps du retrait de courir tant qu'elle dure.

Les Coutumes de Berry, *tit.* 13, *art.* 9, et d'Auvergne, *t.* 23, *art.* 13, décident pour la négative.

La raison de cette décision, est que la vente, faite avec la clause de réméré, est pure et simple; la clause de réméré n'est qu'une clause résolutoire : *purè fit conditio, sed sub conditione resolvitur*. Cette clause n'empêche pas qu'il n'y ait ouverture au retrait pendant que cette faculté dure : elle ne doit donc pas empêcher le temps du retrait de courir; car, de droit commun, le temps, dans lequel un droit doit être exercé, court depuis qu'il est ouvert, et qu'il a pu l'être. Cette raison, qui est très juridique, doit faire suivre la décision de ces Coutumes sur cette question dans les Coutumes muettes : il y a néanmoins plusieurs auteurs qui sont d'avis contraire; *Duplessis et ses annotateurs.*

237. Plusieurs Coutumes, du nombre desquelles est notre Coutume d'Orléans, ont embrassé l'opinion contraire. Elle dit, *art.* 193, que, lorsqu'un héritage est vendu avec faculté de réméré, il y a lieu au retrait pendant tout le temps que dure ladite faculté, et pendant l'an et jour après ladite faculté finie.

La Coutume ajoute, soit qu'elle fût accordée hors ou dedans le contrat de vente, auparavant et depuis, bien entendu pourvu que l'acheteur n'ait pas tardé à accorder au vendeur cette faculté de réméré après l'expiration de l'année du retrait; car cette faculté peut bien empêcher le temps du retrait de courir, lorsque le droit de retrait subsiste encore; mais il est évident qu'elle ne peut le ressusciter lorsqu'il est éteint.

Je ne vois pas d'autre raison de l'opinion que notre Coutume a embrassée, sinon la valeur du droit de retrait, les Coutumes ne l'ayant limité à temps court, et ne l'ayant assujetti à la prescription annale, que parce qu'il est de l'intérêt public que les acheteurs ne soient pas trop longtemps sans pouvoir se regarder comme possesseurs incommutables. Lorsque l'acheteur ne peut pas d'ailleurs, par rapport au réméré auquel il est sujet, se réputer propriétaire incommutable, la cause, pour laquelle la Coutume a établi cette prescription, se trouvant cesser, en ce cas, cette prescription ne doit pas courir.

238. Quoique notre Coutume d'Orléans accorde l'an et jour pour exercer le retrait, du jour de l'expiration de la faculté de réméré, il n'en faut pas conclure que, si cette faculté avait duré trente ans, les lignagers auraient encore l'an et jour, depuis l'expiration des trente ans, pour exercer le retrait; car la Coutume n'a entendu arrêter, par cet article, que la prescription d'an et jour, et non la prescription de trente ans, qui éteint toutes les actions, et celle en retrait lignager comme les autres. Pour que le temps de cette prescription trentenaire coure, il suffit que l'action de retrait ait été ouverte : or elle l'a été du jour du contrat, et les lignagers ont pu dès ce temps l'exercer.

239. Mais je ne serais pas de l'avis de Mᵉ Vaslin, qui pense que la prescription d'un an et jour n'est arrêtée que pendant le temps stipulé pour la faculté de réméré, et non pendant la prorogation qui a lieu faute par l'acquéreur de faire déchoir le vendeur. Les raisons, que nous avons rapportées pour le temps de la convention, militent également, et même plus, pour le temps de la prorogation, puisque cet acheteur doit s'imputer d'avoir tardé à obtenir un jugement de déchéance. La raison, que Mᵉ Vaslin allègue pour son avis, est, que c'est en faveur du vendeur que la jurisprudence a accordé cette prolongation du réméré, et que les lignagers ne doivent pas s'en prévaloir; mais ce n'est pareillement qu'en faveur du vendeur que la faculté de réméré a été stipulée par le contrat, ce qui n'empêche pas les lignagers d'en profiter.

240. Il ne faut pas étendre la décision de cet article à tous les acheteurs qui sont dans le cas de craindre une éviction, tels que ceux qui auraient acheté d'un mineur. La différence est, que ceux-ci peuvent se dire et porter pour possesseurs incommutables, et prétendre avoir des moyens pour se défendre, s'ils sont attaqués; au lieu que celui, qui a acquis à la charge de réméré, ne peut pas se porter pour tel, puisque son titre y résiste. D'ailleurs, la décision de cet article contenant un droit singulier, *jus singulare*, contraire au principe général, qui fait courir les prescriptions établies contre quelque action que ce soit, du jour qu'elle est ouverte, et qu'elle a pu être exercée, cette décision n'est pas susceptible d'extension, et doit être restreinte dans le cas de l'article.

241. De là il suit que le temps du retrait ne laisse pas de courir pendant le procès que l'acheteur a contre le vendeur sur la validité du contrat, ou contre quelque autre sur la propriété de l'héritage, quoique l'incertitude de l'événement d'un procès empêche qu'il ne puisse être regardé, pendant ce temps, comme propriétaire incommutable. Il ne doit pas être au pouvoir du vendeur, en faisant à l'acquéreur un procès injuste, de prolonger contre lui le temps du retrait; l'équité ne permet pas non plus que les lignagers laissent essuyer à l'acheteur le coût et les fatigues d'un long procès, et viennent ensuite, après le gain du procès, *quasi ad para-*

tas epulas, en recueillir le fruit par un retrait. Les lignagers doivent donc, nonobstant le procès, exercer le retrait dans l'année contre l'acquéreur, reprendre l'instance en sa place, et lui rembourser les dépens qu'il a faits.

Grimaudot, IX, 19, me paraît excepter mal-à-propos le cas auquel un lignager aurait eu ce procès contre l'acquéreur. Il prétend que ce procès arrête en sa faveur l'an du retrait, n'ayant pas pu intenter l'action, pendant qu'il était en procès sur la propriété de l'héritage, d'où il conclut que ce lignager peut, s'il succombe, donner la demande en retrait dans l'an et jour depuis la fin du procès. Cette opinion ne me paraît pas raisonnable. Un procès injuste que ce lignager a fait à l'acquéreur, ne doit pas lui être profitable, et faire proroger en sa faveur le temps du retrait. D'ailleurs, ce temps court contre la famille en général, et non contre aucun des lignagers déterminément : d'où il suit que les raisons personnelles à un particulier de la famille ne le doivent pas empêcher de courir.

242. L'appel d'un décret forcé n'arrête pas non plus le temps du retrait, auquel l'adjudication par décret a donné ouverture : le retrayant, qui veut prendre le marché, doit essuyer le procès qui en est une charge. Brodeau, sur l'*article* 150 de Paris, cite trois arrêts qui l'ont jugé.

243. La poursuite d'un décret volontaire, qu'un acquéreur fait sur lui, suivant la faculté qu'il a stipulée par son contrat d'acquisition, n'arrête pas non plus le temps du retrait auquel le contrat de vente a donné ouverture; *Orléans, art.* 401.

244. Enfin, la minorité d'un lignager n'empêche pas le temps du retrait de courir : la Coutume de Paris, *art.* 131, celle d'Orléans, *art.* 366, et un grand nombre d'autres, en ont des dispositions : *L'an du retrait*, disent-elles, *court tant contre le mineur que le majeur, sans espérance de restitution.*

Cette décision a lieu, quand même le mineur aurait été destitué de tuteur; elle a lieu pareillement contre les lignagers qui auraient été absens pour le service du roi; *Arrêt du 6 mars* 1552, *cité par Lalande.*

Les raisons de cette décision sont, 1° que le retrait étant accordé à la famille en général, c'est proprement contre la famille en général qu'il court, plutôt que contre aucune personne déterminée de la famille. 2° La faveur de la minorité, ou de l'absence pour le service du roi, doit céder à la raison qui a fait plutôt restreindre à un temps court le temps du retrait; cette raison étant tirée d'un intérêt public, qui ne permet pas que les acquéreurs soient empêchés d'améliorer leurs biens par une trop longue incertitude de leur acquisition : or, l'intérêt public l'emporte toujours sur la faveur des particuliers, surtout lorsque tous ces particuliers *certant de lucro.*

245. Plusieurs auteurs disent que l'an du retrait ne court pas contre le mineur lorsque c'était son tuteur qui était l'acquéreur, parce qu'il devait faire exercer le retrait sur lui, si l'intérêt du mineur le demandait : *quia*, disent-ils, *à se exigere debuit;* Duplessis et ses annotateurs. Il me paraît plus exact de dire que l'an du retrait court; mais que, s'il paraît que le tuteur avait alors des fonds au mineur, et qu'il fût de l'intérêt du mineur que le tuteur eût fait nommer un curateur au mineur pour exercer le retrait, le mineur devenu majeur peut, en ce cas, non par l'action du retrait lignager, qui est éteinte, mais par l'action de tutelle, *actione tutelæ*, se faire délaisser l'héritage, de même que si le retrait eût été effectivement exercé dans le temps pour ce mineur, par un curateur nommé *ad hoc* contre son tuteur; parce qu'un mineur, suivant les principes du droit, peut, par l'action de tutelle, exiger de son tuteur tout ce que le tuteur devait exiger de soi-même au profit de son mineur : *Tenetur tutelæ judicio, in id quod à se exigere debuit :* ce qui est une suite de ce principe : *Quod adversùs alium præstare debuit tutor, pupillo suo id adversùs se quoque præstare debet; l.* 9, § 3, *ff. de administr. tutor.*

ARTICLE III.

Quand le lignager est-il censé exercer le retrait dans le temps prescrit?

246. Suivant le droit commun, un demandeur en action de retrait lignager, de même qu'en toute autre espèce d'action, est censé exercer son droit et son action dans le temps prescrit par la loi, lorsque l'exploit de demande est donné avant l'expiration de ce temps, fût-ce le dernier jour.

La Coutume de Paris, *art.* 130, et quelques autres, se sont écartées de ce principe : elles ne se contentent pas que l'exploit de demande en retrait soit donné dans l'an et jour prescrit pour exercer le retrait; elles veulent, de plus, que le jour auquel échet l'assignation, soit aussi dans ce terme d'an et jour : s'il tombait après l'expiration de l'an et jour, le lignager, dans ces Coutumes, serait non recevable, comme n'ayant pas exercé son retrait dans le temps prescrit. Ces Coutumes, étant contraires au principe général, doivent être restreintes à leur territoire.

247. Lorsqu'il y a plusieurs acquéreurs en plusieurs héritiers d'un même acquéreur, l'action de retrait étant une action divisible (*suprà, chap.* 2), si le lignager n'a donné sa demande

en retrait dans l'an et jour quo contre l'un d'eux, il aura exercé son droit do retrait dans le temps prescrit, pour la part de celui oontre qui il a donné la demande; mais il en sera déchu pour les parts des autres.

248. Suivant notre Coutume d'Orléans, *article* 368, lorsque l'acquéreur n'a pas son domicilo dans le bailliage d'Orléans, il est permis aux lignagers de donner la demande en retrait contre los détenteurs, c'est-à-dire les fermiors, locataires ou concierges qui sont trouvés dans l'héritage, losquels sont tenus d'indiquer lo nom ot la demeure do l'acquéreur, pour que le lignager puisse se pourvoir contre lui, et l'assigner en son domicile. Par cette demando, donnée contre le détenteur dans l'an et jour, le lignager est censé avoir exercé son droit dans l'an et jour, quoique la domande contre l'acquéreur no soit donnéo qu'après l'expiration do l'an et jour; ot la demande est bien donnée, pourvu qu'elle le soit dans lo temps qui lui aura été fixé par le juge, eu égard à la distance des lieux, sur l'indication du détenteur.

249. Lorsqu'il n'y a aucun détenteur sur l'héritage, commo lorsquo c'est une pièco do terre en bois qui est l'objet de l'acquisition, le lignager qui ne sait pas la demeure de l'acquéreur, peut avoir recours à la voio de la proclamation ou cri public que propose la Coutume de Berry, *t.* 14, *art.* 8; et, par cette proclamation faite dans l'an et jour, le lignager est censé avoir exercé lo retrait dans l'an et jour : on doit, à cet égard, se conformer à l'usage, s'il y en a.

Lorsqu'il y a plusieurs acquéreurs, dont les uns ont leur domicile dans le bailliago d'Orléans, les autres no l'ont pas, lo lignager, par la domande donnée contre le détenteur de l'héritage, ou par la proclamation, est bien censé exercer le droit de retrait pour les parts de ceux qui n'ont pas leur domicile dans le bailliage; mais il n'est pas censé l'exercer pour los parts de coux qui y ont leur domicilo : il faut qu'il les assigno dans le temps do l'an et jour, à leur domicile; sinon il sera déchu vis-à-vis d'eux, et pour leur part.

250. Lorsque l'acquéreur, avant que la demande en retrait ait été donnée contre lui, a aliéné l'héritage sujot au retrait, les lignagers pouvant ignorer cotte aliénation, la Coutume d'Orléans a très sagement ordonné, en l'*art.* 369, que le lignager devait être censé avoir exercé, dans le temps prescrit d'an et jour, son droit de retrait par la demando donnée contre cet acquéreur, mêmo vis-à-vis du tiers détenteur, quoiqu'il ne donno la demande contre ce tiers détenteur qu'après l'an ot jour passés, pourvu qu'il la donne dans los quaranto jours depuis l'indication qu'en aura donnéo l'acquéreur.

Lorsqu'il y a plusieurs acquéreurs qui ont tous aliéné au profit d'un tiers, l'assignation donnée à l'un d'eux intorrompt la prescription annale contre ce tiers pour le total, quoique, s'ils n'oussont pas aliéné, l'assignation donnée à l'un d'eux ne l'eût interrompne que pour sa part. La raison est que, la domando donnée contre l'un des acquéreurs qui ont aliéné à un tiers l'héritage, n'ost qu'uno simplo protestation d'agir contre ce tiers, quo lo lignager ne connalt pas; ot cette protestation ost égalemont constatée par la demande donnée contre l'un d'oux, comme par la demando donnée contre tous.

ARTICLE IV.

De la nature et de l'effet de la prescription contre le retrait.

251. La prescription contre le retrait est différente des preseriptions contre les autres obligations.

Lorsque les obligatioos sont, do lour nature, perpétuelles, et qu'elles n'ont pas été contractées pour ne devoir durer qu'un certain temps, les prescriptions résultantes du laps de temps réglé par la loi, que le débiteur acquiert oontre les obligations et contre lo droit du créancier qui en résulto, sont des prescriptions qui n'éteignent pas l'obligation; ces prescriptions, tant qu'elles subsistent, la font seulement présumor acquittée, et donnent au débiteur une fin de non recevoir contre l'action du créancier. Ces prescriptions pouvent se couvrir, ot être détruites par la reconnaissance ou lo paioment, que le débiteur ferait do la detto, depuis que ces prescriptions lui ont été acquises; voyez *sur ces prescriptions notre Traité des obligations, n.* 676 *et suiv.*

Mais lorsqu'uno obligation n'a été contractée que pour durer pendant un certain temps; en ce cas, suivant les principes de notre droit français, différent on cola do la subtilité du droit romain, la prescription, qui résulto du laps do ce temps, n'opère pas seulement, comme celles dont nous venons de parler, une simple fin de non recevoir contre l'action du créancior, mais une extinction do la detto qui la détruit entièrement, et no la laisso plus subsister; voyez *notre Traité des obligations, n.* 671.

Or, telle est la naturo de la prescription en matière de retrait. Le droit do retrait, que la loi accordo à la famille, no lui est accordé quo pour un certain temps limité : l'obligation, que l'acquéreur contracte de délaisser l'héritage aux lignagers, ne dure quo pendant ce temps; l'un et l'autre s'éteignent de ploin droit par le laps de ce temps.

252. Il suit do ces principes, que la demande

en retrait lignager, qui serait donnée par un lignager après l'an et jour, serait une demande donnée sans aucun droit, et semblable à celle qui serait donnée par un parent qui n'est pas de la ligne d'où l'héritage procède; car c'est la même chose de n'avoir plus le droit qu'on a eu, ou de n'en avoir jamais eu.

253. De là il suit que l'abandon de l'héritage, qui serait fait par l'acquéreur à ce lignager, sur une pareille demande, ne devrait pas passer pour un retrait qu'aurait exercé le lignager, mais pour une nouvelle vente que l'acquéreur aurait faite de cet héritage au lignager.

254. Cette décision doit surtout avoir lieu vis-à-vis des tiers. C'est pourquoi, 1° cet abandon fait sur une pareille demande en retrait ne décharge pas l'acquéreur envers le seigneur, du profit dû pour la vente qui lui en a été faite, s'il n'a pas encore été acquitté.

2° Elle donne ouverture à un second profit pour cet abandon, qui est une nouvelle vente que cet acquéreur fait au lignager. 3° L'héritage passe au lignager avec la charge de toutes les hypothèques et autres droits réels dont l'héritage a été chargé par cet acheteur : car, le laps du temps du retrait ayant rendu le droit de propriété de l'acheteur parfait, et non sujet à se résoudre par le retrait, a rendu pareillement irrévocables les droits d'hypothèque et autres, que ces personnes tiennent de l'acquéreur; et il ne dnit pas être au pouvoir de l'acquéreur de les en dépouiller, en reconnaissant un prétendu droit de retrait qui n'existe plus.

255. Ce n'est pas seulement vis-à-vis des tiers que l'abandon de l'héritage, fait par l'acquéreur au lignager, sur une demande en retrait donnée après l'an et jour, ne passe pas pour un retrait; il ne l'est pas en lui-même et dans la vérité, puisque, dès avant la demande, le droit de retrait lignager avait cessé d'exister. C'est pourquoi l'héritage, abandonné sur une telle demande, sera, dans la personne du lignager, un pur acquêt : il n'aura pas la qualité de propre qu'il aurait eue, au moins *secundum quid,* si c'eût été un véritable retrait; l'héritier aux propres ne pourra le prétendre dans la succession du lignager, et il ne sera pas sujet au retrait, s'il est revendu.

256. Le lignager ne serait pas néanmoins recevable à soutenir contre l'acquéreur, qui lui a fait le délais sur la demande en retrait, que ce délais n'est pas un retrait, mais une vente qui oblige cet acquéreur envers lui à la garantie de toutes évictions; car il n'est pas recevable à impugner lui-même la forme du retrait dont il s'est servi pour acquérir l'héritage, ni à prétendre, contre l'acquéreur qui lui a fait le délais de l'héritage sur sa demande en retrait, une garantie d'autres évictions, que de celles qui procéderaient de ses faits : la forme, que ce lignager a choisie lui-même, prouve que ni lui n'a eu intention de stipuler de cet acquéreur une telle garantie, ni cet acquéreur de s'y obliger.

257. Lorsque l'acquéreur, sur la demande donnée, depuis l'expiration de l'an et jour, n'a pas reconnu le retrait, mais s'est laissé condamner à délaisser par retrait sur cette demande; s'il est constant que la demande n'a été donnée que depuis l'année, une telle sentence doit, vis-à-vis des tiers, passer pour collusoire entre le lignager et l'acquéreur, et ne doit pas préjudicier à leurs droits.

Mais, lorsqu'il y avait question si la demande était donnée ou non dans l'année, et si l'acquéreur avait satisfait à ce qui est requis pour la faire courir, les tiers ne sont pas recevables à impugner la sentence, et à ressusciter le procès. La demande, sur laquelle la sentence d'adjudication de retrait est intervenue, doit être présumée avoir été donnée dans l'année, surtout lorsque la sentence est contradictoire, à moins que la collusion ne fût évidente, et telle qu'elle pût être justifiée incontinent, et sans qu'il fût besoin de renouveler pour cela un procès.

Même dans le cas auquel la sentence aurait été rendue par défaut, ou même le retrait reconnu sans sentence, on ne doit pas facilement écouter les tiers, lorsqu'il paraît quelque raison pour soutenir que le temps du retrait n'était pas passé lors de la demande.

ARTICLE V.

S'il y a un temps particulier pour la péremption des instances en retrait, et de l'appel des sentences de débouté de retrait.

258. C'est une maxime fondée sur plusieurs anciens arrêts, et sur l'autorité de ceux qui ont écrit sur la matière du retrait, que la demande en retrait lignager et toutes les autres actions annales se périment par un an, lorsqu'elles n'ont pas encore été contestées. L'Ordonnance de Roussillon et l'arrêté de 1692, qui déclarent que toutes les instances, quoique non contestées, se périment par trois ans, ne doivent s'entendre que des actions ordinaires, et non des annales, leur esprit ayant été d'abréger le temps des péremptions, et non de le prolonger. Mais lorsque ces actions ont été contestées, elles ne se périment plus que par trois ans.

259. Quelques auteurs ont écrit que le lignager ne devait pas être reçu à appeler du jugement qui l'avait débouté du retrait, après le temps d'un an révolu depuis la date dudit jugement. C'est l'opinion de Brodeau sur l'*art.* 130 de Paris,

que Lemaître, sur Paris, approuve, en convenant néanmoins que cette opinion souffre beaucoup de difficulté. La raison sur laquelle on se fonde, est qu'il n'est pas équitable que le retrayant, après avoir été débouté du retrait, ait plus de temps pour l'exercer par la voie de l'appel du jugement, qu'il n'en avait auparavant. Cette raison ne me paraît pas décisive : l'Ordonnance de 1767, qui a réglé le temps dans lequel on pourrait être reçu à appeler des sentences, est une loi générale qui embrasse toutes les sentences sur quelque matière que ce soit; il faudrait une disposition précise pour excepter de la loi générale les jugemens de débouté de retrait. Les dispositions des Coutumes sont entièrement remplies, lorsque la demande en retrait lignager a été donnée dans le temps qu'elles ont prescrit pour la donner.

CHAPITRE VIII.

De la forme en laquelle s'exerce le retrait.

260. Le retrait s'exerce par un exploit de demande que le lignager retrayant doit donner contre l'acheteur ou le tiers détenteur, pardevant juge compétent, aux fins de délais de l'héritage, et aux offres de rendre à l'acheteur le prix de son acquisition et les loyaux coûts.

261. Lorsque le lignager est un mineur sous puissance de tuteur, la demande en retrait, de même que les autres actions, se donne à la requête de son tuteur ou de son curateur, en sadite qualité de tuteur ou curateur d'un tel.

Si c'est un mineur émancipé, elle se donne à sa requête avec l'assistance de son curateur.

262. Si c'est une femme sous puissance de mari, selon la disposition de quelques Coutumes, la demande peut se donner, non seulement par le mari et la femme conjointement, mais même par le mari seul, pourvu qu'il la donne en sa qualité de mari d'une telle. Mais, dans nos Coutumes de Paris et d'Orléans, je ne pense pas que la demande fût bien donnée par le mari seul; il ne peut exercer que les actions mobilières et possessoires de sa femme, et non les immobilières, telle qu'est celle de retrait.

263. Lorsque le retrait s'exerce pour des enfans, qui sont sous la puissance paternelle, la demande se donne par le père, en sa qualité de légitime administrateur des droits et actions de l'enfant pour lequel le retrait s'exerce. Cela a lieu, quand même le père serait le vendeur de l'héritage dont la retrait s'exerce. Autrefois, dans ce cas, le père émancipait son fils, *ad unum actum*, pour l'effet d'exercer le retrait, et il lui faisait créer un curateur *ad hoc*, par qui la demande était donnée. Cette procédure s'observe encore en quelques provinces, comme à La Rochelle, suivant que l'atteste maître Vaslin; mais à Paris et à Orléans, cette procédure n'est plus pratiquée, comme étant inutile, et le père donne lui-même l'action, comme administrateur des droits de son enfant.

264. Lorsque la demande en retrait se donne au nom d'un enfant qui n'est pas encore né, elle se donne par un curateur créé *ad hoc*.

265. Cette action étant une action personnelle, lorsqu'elle est donnée contre l'acheteur (*suprà*, chap. 2), le juge naturel, devant qui elle doit être donnée, est le juge du lieu du domicile de cet acheteur. Quelques Coutumes, néanmoins, donnent le choix aux lignagers d'assigner, ou devant le juge du domicile de l'acheteur, ou devant le juge du lieu où est situé l'héritage sujet au retrait; mais ces dispositions sont locales, et ne doivent pas être suivies dans les Coutumes qui ne s'en sont pas expliquées. Lalande, sur l'*art.* 367 de la Coutume d'Orléans, et les annotateurs de Duplessis, citent plusieurs arrêts qui l'ont jugé. La raison est, que ce n'est que dans les actions réelles que le choix du juge du lieu où est situé l'héritage est accordé au demandeur; *l.* 2, *Cod. ubi in rem act. exerc. deb.* Il ne doit pas avoir ce choix pour l'action de retrait, qui est plus personnelle que réelle, lorsqu'elle est donnée contre l'acheteur. Lorsque l'acheteur a un juge de privilége, il a le droit de se faire renvoyer devant le juge de son privilége.

266. L'exploit de demande doit être fait par un huissier ou sergent, qui ait le pouvoir d'exploiter dans le lieu où il est fait.

S'il était interdit de ses fonctions, ou parent du demandeur au degré prohibé, la demande serait nulle. Par arrêt de la cour, du 6 septembre 1721, rendu en forme de réglement, et publié dans les siéges du ressort, un exploit de demande en retrait lignager a été déclaré nul, pour avoir été fait par un huissier parent au troisième degré du demandeur.

267. C'est une question si, depuis l'édit du contrôle, qui a dispensé les huissiers et sergens de se faire assister de recors ou témoins dans les exploits de demande, la demande en retrait doit encore être recordée de témoins. M. le Camus,

Observations sur le Traité du retrait, pense que cela est encore nécessaire, et dit que c'est l'usage. Auzanet et Ferrière, sur Paris, sont d'avis contraire : ils se fondent sur ce que la déclaration de 1671, n'ayant excepté, dans la dispense accordée par l'édit du contrôle, que les exploits de saisies féodales ou réelles, et les appositions d'affiches, il s'ensuit que les exploits de demande en retrait lignager, ainsi que tous les autres exploits, se trouvent compris dans cette dispense générale.

On convient assez, néanmoins, que cette assistance de témoins est encore nécessaire dans les Coutumes qui la requièrent par une disposition précise, le roi, par l'édit du contrôle, ayant déclaré qu'il dérogeait à cet égard à l'Ordonnance de 1667, qui requérait cette assistance, et n'ayant pas déclaré, de même, qu'il entendait déroger aux Coutumes.

Ceux, qui pensent que, même dans la Coutume de Paris, et autres qui ne requièrent pas expressément l'assistance des témoins, cette assistance est encore aujourd'hui nécessaire, se fondent sur ce que l'exploit de demande en retrait n'est pas un simple exploit d'assignation, et qu'il doit contenir un procès-verbal des offres réelles que le retrayant doit faire, par cet exploit, de rembourser. Or, disent-ils, ces offres doivent être constatées par des témoins. Mais ce raisonnement me paraît mauvais, et être une pétition de principe; car c'est justement ce qui est en question, si un exploit, parce qu'il contient des offres, doit être censé excepté de la dispense portée par l'édit du contrôle, quoiqu'aucune loi ne l'en ait excepté.

Dans notre Coutume d'Orléans, où les offres ne sont pas nécessaires pour la validité de la demande en retrait, comme il sera dit ci-après, mais où elles sont seulement utiles, parce qu'elles font acquérir au retrayant, du jour qu'elles sont faites, un droit aux fruits qui seront perçus, il ne peut y avoir aucun prétexte pour soutenir la nullité d'une demande en retrait, faute d'être recordée de témoins.

268. Cet exploit de demande en retrait, de même que tous les autres exploits, doit être fait de jour, et non de nuit. Brodeau, sur Louet, *art.* 39, rapporte un arrêt du 7 septembre 1602, qui déclare un demandeur en retrait déchu du retrait, parce que l'assignation avait été donnée au mois de janvier à sept heures du soir, et fait défense de donner aucunes assignations nuitamment et à heures indues, à peine de nullité. Cependant, lorsque la demande a été donnée le dernier jour, comme, en ce cas, on ne peut remettre au lendemain, la nécessité peut la faire déclarer valable, quoique donnée après jour failli. On l'a ainsi jugé; je pense que c'est dans le retrait de la terre de Mercœur, par M. le prince de Conti.

269. On a agité la question, si la demande en retrait lignager pouvait être valablement donnée un jour de dimanche ou de fête. Je pense qu'elle est valablement donnée, pourvu que le jour, auquel elle est donnée, fût le dernier jour du terme accordé par la Coutume pour le retrait, ou qu'il ne restât plus aucun autre jour non fêté auquel elle pût être donnée. La raison est, qu'on peut faire, les jours de dimanches et de fêtes, les actes qui ne peuvent se remettre, et qui sont absolument nécessaires pour la conservation de nos droits et de notre bien. On peut tirer argument de la loi 1, § 2, et de la loi 3, ff. *de fer. et dilat.*, où il est dit qu'on peut traduire quelqu'un en justice, *feriato die, cùm res tempore peritura sit, hoc est, si dilatio actionem sit peremptura.*

Dumoulin, en sa note sur l'*article* 122 de la Coutume de Poitou, cite un arrêt qui a déclaré valable un exploit de demande en retrait, donné le jour de la Fête-Dieu : il est aussi rapporté par Louet, *l. R, art.* 39. Au reste, je pense qu'on doit supposer, conformément à la restriction que nous avons proposée, que, dans l'espèce de l'arrêt, la demande n'avait pas pu se remettre à un autre jour, et que c'est conformément à cette restriction, qu'on doit entendre la décision des auteurs qui enseignent que la demande en retrait peut se faire un jour de dimanche et de fête. M. Jousse, sur l'Ordonnance de 1667, *tit.* 2, *art.* 10, cite un arrêt du 4 janvier 1719, qui a déclaré nul un exploit de demande en retrait lignager, donné un jour de fête, dans un cas où il restait encore un mois de temps pour le donner. Néanmoins j'apprends de M R*** qu'on vient de juger un exploit de demande en retrait, valable, donné un jour de fête, quoiqu'il n'y eût pas de nécessité.

Observez aussi que les huissiers, qui donnent des demandes, en cas de nécessité, les jours de fêtes, ne le doivent faire qu'en vertu d'une permission du juge, suivant un acte de notoriété du Châtelet de Paris, du 5 mai 1703, cité par M. Jousse, *ibid.*

Il y a quelques auteurs, qui pensent qu'indistinctement tout exploit de demande, en matière de retrait lignager, comme en toute autre matière, est nul, lorsqu'il est donné un jour de dimanche, même lorsque la chose ne pouvait pas se remettre, et que ce jour était le dernier jour du terme. C'est l'avis d'Henrys, *tit.* 2, *liv.* 4, § 20, et de Me Vaslin, sur La Rochelle, *pag.* 72. Leur raison est, que le retrayant doit s'imputer d'avoir attendu si tard. La réponse est prompte. On doit présumer que le retrayant n'a pas eu la commodité de donner sa demande plus tôt : il

lui a fallu de l'argent; s'il ne l'a pas pu trouver plus tôt, ce qu'on doit présumer, il n'est pas en faute : il doit jouir du terme entier d'an et jour, qui lui est accordé par la Coutume, pour exercer son droit de retrait. Il n'aurait pas ce terme entier, s'il n'était pas admis à donner la demande les derniers jours du terme, lorsque ces jours se trouvent être des jours de fêtes.

Observez que ce n'est qu'aux jours de fêtes fêtées qu'il est défendu de faire des exploits : ceux faits les jours de fêtes de palais, qui ne sont pas fêtées par le peuple, sont valables. Déclaration du 28 avril 1681, citée par M. Jousse, sur l'Ordonnance de 1667, *tit.* 2, *art.* 10; arrêt de 1748, en faveur des religieuses de Sainte-Claire de La Rochelle, cité par Me Vaslin, qui déclare valable un exploit d'exécution fait le jour des Innocens, quoiqu'on offrît rapporter acte de notoriété, que l'usage de la province était de regarder comme nuls les exploits faits les jours de fêtes de Palais.

270. On a encore agité la question, s'il était nécessaire, à peine de nullité, que l'exploit de demande en retrait lignager exprimât précisément le jour auquel le défendeur est assigné à comparoir, surtout dans les Coutumes, telle que celle de Paris, qui exigent que le jour de l'échéance de l'assignation tombe dans l'an et jour accordé par le retrait. Il y a sur cette question variété d'opinions et d'arrêts.

Je préfère l'opinion de ceux qui pensent que cela n'est pas nécessaire, parce que aucune loi ne le requiert, et que les délais de l'Ordonnance étant par eux-mêmes certains, un défendeur, assigné à comparoir *dans les délais de l'Ordonnance*, est suffisamment averti du jour auquel il est assigné. Cette opinion est confirmée par un arrêt de la grand'chambre, du 26 juillet 1745, cité par Lacombe.

271. Ce n'est pas non plus une nullité, si le retrayant a assigné un délai trop long ou trop court. Le délai trop long ne fait pas de tort au défendeur qui peut l'anticiper et poursuivre le congé de la demande. Lorsque le délai est trop court, le défendeur aurait plus sujet de se plaindre : mais aucune loi ne prononçant, en ce cas, la nullité de la demande, il doit suffire au défendeur, qu'il obtienne, en ce cas, de jouir de tout le délai de l'Ordonnance, nonobstant celui exprimé par la demande.

272. L'omission de l'expression du degré de parenté du demandeur avec le vendeur ne rend pas non plus l'exploit nul; *Brodeau, sur Louet, l. R*, 2; *arrêt du* 26 *juillet* 1674, *au Journal du Palais*.

273. Outre les formalités requises par l'Ordonnance de 1667, pour la validité de tous les exploits de demande, qui doivent être rigoureusement observées dans les demandes en retrait, et sur lesquelles nous renvoyons au texte de l'Ordonnance, *tit.* 2, les différentes Coutumes exigent encore différentes formalités pour la validité des demandes en retrait.

Par exemple, la Coutume de Paris, *art.* 140, « veut que le demandeur en retrait offre *bourse*, « *deniers, loyaux coûts, et à parfaire*, tant par « l'exploit d'ajournement qu'à chacune journée « de la cause principale, jusqu'à contestation en « cause inclusivement, et même en cause d'ap- « pel, jusqu'à conclusion sur l'appel aussi inclu- « sivement. »

Dans les appellations verbales, le premier réglement qui intervient à l'audience tient lieu de la conclusion dans les appels des sentences en procès par écrit.

Les commentateurs entendent, par *journée de la cause*, chaque audience en laquelle la cause est appelée. Le demandeur en retrait, à l'appel de la cause, ou son avocat ou procureur pour lui, doivent se présenter avec une bourse, et y faire lesdites offres, et s'en faire donner acte par le juge. Un sac est compris sous le terme de *bourse*. Quoiqu'il soit d'usage de faire outre cela ces offres par des requêtes, néanmoins je pense qu'il suffit que le retrayant les fasse à l'audience.

La contestation en cause est le premier réglement qui intervient dans la cause, après les défenses au principal signifiées par le défendeur; *Ordonnance de* 1667, *tit.* 14, *art.* 13.

L'audience, en laquelle se rend ce réglement, est la dernière en laquelle ces offres doivent être faites. Quand la cause a été une fois contestée, il n'est plus nécessaire, dans le cours de l'instance principale, de réitérer ces offres, lorsque la cause est portée à l'audience.

Un jugement par défaut n'emporte pas contestation, quand le défendeur, contre qui il a été rendu, s'y oppose dans la huitaine; car il est détruit par l'opposition.

Les commentateurs de la Coutume de Paris regardent ces termes *bourse, deniers, loyaux coûts, et à parfaire*, employés dans l'article 140, ci-dessus cité, comme termes solennels, dont le demandeur en retrait est obligé de se servir, sans pouvoir en omettre un seul, ni en substituer d'autres; *Laurière*.

Quelques Coutumes ne requièrent ces offres qu'à la première journée; Meaux, 101; Sens, *tit.* 7, 34.

274. Il y a des Coutumes qui demandent la consignation d'une pièce de monnaie. Bordeaux, *cap.* 2, *art.* 17, exige la consignation d'une pièce d'or, avec offre de parfaire. Saintonge, *tit.* 6, *art.* 48, dit *une pièce d'or ou d'argent*. La Marche exige l'offre et consignation de treize pièces de monnaie.

275. Notre Coutume d'Orléans ne requiert

point ces formalités. Les offres même de rembourser l'acquéreur ne sont nécessaires, dans cette Coutume, que pour obtenir la restitution des fruits du jour qu'elles sont faites, et non pour la validité de la demande. La seule formalité que cette Coutume exige, qui soit particulière aux demandes en retrait, c'est qu'elle veut que le demandeur en retrait, par l'exploit de demande, soit tenu de faire une élection de domicile dans le territoire de la justice où le défendeur est demeurant.

Quoique cette formalité n'ait été établie que pour que l'acquéreur ne fût pas obligé d'aller chercher trop loin le retrayant pour la reconnaissance du retrait, et les autres significations qu'il aurait à lui faire ; néanmoins, comme l'observation des formalités est de rigueur, surtout dans les matières de rigueur, telle qu'est celle du retrait, il a été jugé qu'une demande en retrait, par laquelle l'élection de domicile avait été faite dans une maison située hors de la justice de l'ajourné, était nulle, quoique cette maison fût vis-à-vis la sienne.

Lorsque le lignager a assigné d'abord l'acheteur, et fait élection de domicile dans la justice de l'acheteur, et que, sur l'indication de l'acheteur qui a aliéné l'héritage, il assigne le tiers détenteur, il doit faire une nouvelle élection de domicile dans le territoire de la justice de ce tiers détenteur.

276. Les formalités du retrait étant différentes, selon les différentes Coutumes, c'est la Coutume du lieu où l'héritage sujet à retrait est situé, qui doit régler les formalités qui doivent être observées ; car, comme c'est cette Coutume, à l'empire de laquelle l'héritage est soumis, qui le rend sujet au retrait, et qui en accorde le droit aux lignagers, les lignagers, qui tiennent leur droit de cette Coutume, ne peuvent l'exercer que sous les conditions sous lesquelles cette Coutume le leur défère, et en observant les formalités qu'elle leur prescrit. Voyez *les arrêts cités par les annotateurs de Duplessis, chap.* 1.

277. Quoique, dans les autres matières, l'inobservation de quelque formalité emporte seulement la nullité de la demande et la déchéance de l'instance, et non la déchéance du droit du demandeur, qu'il peut de nouveau poursuivre par une nouvelle demande, pourvu qu'il soit encore dans le temps de la donner ; au contraire, dans la matière du retrait lignager, l'inobservation de quelque formalité emporte non seulement la nullité de la demande, mais la déchéance du droit du demandeur, qui n'est plus admis à poursuivre par une nouvelle demande ; et il n'importe, à cet égard, que la formalité, qu'on a manqué d'observer, soit de celles qui sont communes pour tous les exploits de demande, et qui sont requises par les Ordonnances, ou qu'elle soit de celles qui sont particulières au retrait lignager, et qui sont requises par les Coutumes, soit à l'égard de l'exploit de demande, soit à l'égard de la suite de la procédure de la demande en retrait. Loysel en a fait une maxime : *Congé de cour entre le retrait emporte gain de cause.* Elle est tirée de l'article 134 de la Coutume de Laon, et l'usage en est constant partout.

278. De là naît une autre différence ; savoir, que, dans les autres matières, les défauts de formalité ne touchant pas au fond, doivent s'opposer *à limine litis*, et se couvrent par la contestation en cause. Au contraire, dans la matière du retrait, les défauts de formalité étant des défauts qui touchent au fond, en faisant déchoir de son droit le demandeur en retrait, qui ne les a pas observées, ces défauts peuvent, de même que toutes les exceptions péremptoires, être opposés jusqu'à la sentence définitive, et même sur l'appel.

279. Le retrayant, déchu de son droit par un défaut de formalité dans son exploit de demande ou dans la procédure, a-t-il une action *ex conducto* contre le procureur ou l'huissier *cujus operas conduxit*, pour réparation de la perte de son droit, qu'il souffre par son impéritie? Selon les vrais principes, les huissiers et les procureurs devraient, en ce cas, être tenus du tort qu'ils ont causé à la partie par leur impéritie; car toute personne, qui fait profession publique d'un état, est responsable du tort qu'il fait, dans l'exercice de son état, par son impéritie : *Imperitia culpæ annumeratur; l.* 132, ff. *de reg. jur.; l.* 7, § 8, *et passim*, ff. *ad leg. aquil.* Voyez *le Traité des obligations, n.* 163. Néanmoins, on n'observe pas toujours rigoureusement ces principes. Mentholon, chapitre 61, rapporte un arrêt qui déchargea, en pareil cas, un procureur des dommages et intérêts contre lui prétendus pour la nullité d'une demande en retrait, et fit néanmoins injonction aux procureurs d'être plus exacts à l'avenir, à peine d'être tenus des dommages et intérêts de leurs parties. Me Valin, sur la Rochelle, fait une distinction à l'égard des huissiers : il dit, « que l'huissier est « garant de l'inobservation des formalités pre- « scrites par l'Ordonnance, mais non de celles « prescrites par la Coutume. » Je ne vois pas pourquoi un huissier serait plutôt dispensé de savoir les dispositions de sa Coutume, qui concernent son état, que celles de l'Ordonnance. En un cas, je le crois excusable ; c'est lorsque la formalité, que l'huissier n'a pas observée, était requise par la Coutume du lieu où l'héritage est situé, et que l'huissier était d'une juridiction hors de cette Coutume. Comme lorsqu'un huissier de Paris, qui a assigné quelqu'un à Paris sur

une demande en retrait pour un héritage sis à Orléans, a omis, dans son exploit, l'élection de domicile prescrite par l'article 367 de la Coutume d'Orléans, l'huissier ne doit pas être garant de cette nullité : on ne doit pas exiger d'un huissier qu'il sache toutes les Coutumes du royaume : le retrayant doit s'imputer, en ce cas, de ne lui aveir pas donné un modèle. Mais, si c'était un huissier d'Orléans qui eût assigné, je ne vois pas pourquoi il serait moins tenu du défaut de cette formalité, que d'un défaut de formalité d'Ordonnance.

CHAPITRE IX.

Des obligations du retrayant.

280. Le principe général sur les ebligatiens du retrayant, est qu'il doit rendre l'acquéreur indemne, aussi parfaitement qu'il lui est possible de le rendre indemne.

Cette obligatien renferme, 1° celle de rembourser l'acheteur du prix qu'il a payé pour son acquisition, et de l'acqnitter de ce qui en reste dû; 2° celle de l'indemniser des charges appréciables à prix d'argent, qui font partie du prix de l'acquisition, et qu'il a acquittées, on qu'il est tenu d'acquitter; 3° celle de l'indemniser des loyaux coûts de l'acquisition; 4° celle de l'indemniser des impenses nécessaires qu'il a faites sur l'héritage.

Nous traiterons dans quatre articles de ces différentes indemnités. Nous verrons, dans un cinquième, ce qui doit être remboursé, lorsque le retrait s'exerce sur nn tiers. Nous verrons, dans un sixième, dans quel temps le retrayant est obligé de satisfaire à ces obligations. Dans nn septième, neus parlerons des effres et de la consignation qu'il deit faire en cas de refus.

ARTICLE PREMIER.

Du prix.

281. Le retrayant doit rendre à l'acheteur le prix qu'il a payé pour son acquisition, et le faire décharger de ce qui en reste dû.

§ I. QUEL EST CE PRIX.

282. Ce prix est celui qui est porté au contrat. Néanmeins, si le retrayant soutenait, qu'en fraude du retrait, on a exprimé un prix plus fort que celui qui a été convenu, et qu'il offrît d'en faire la preuve, il devrait être reçu à la faire, même par témoins, et s'il la faisait, il ne serait obligé à rembourser que le prix qui a été, dans la vérité, convenu entre les parties.

Le retrayant, pour être admis à cette preuve, n'a pas besoin de s'inscrire en faux; car, en soutenant qu'en a exprimé, par le contrat, un prix plus fort que celui qui est convenu, il ne soutient pas que le contrat est faux, mais seulement qu'il contient une fraude et un mensonge. C'est ce qu'enseigne Dumonlin, snr la Coutume de Nevers, *chap.* 31, *art.* 3: *Nec tenebitur instrumentum arguere de falso, quia aliud merum falsum, aliud fraus, aliud simulatio.*

Il peut faire entendre en dépesitien le vendeur sur ce fait; *Grimaudet*, v, 9.

Le retrayant peut aussi, à défaut de preuve, déférer à l'acqnéreur le serment sur la sincérité du prix porté au contrat.

Quelques Coutumes pnnissent cette fraude des acquéreurs; voyez *suprà, n.* 14.

283. Lorsque la vente, qui a donné onverture au retrait, est constante, et qu'on ignore le prix ponr leqnel l'héritage a été vendu, on doit rendre le prix, suivant que les experts diront qne l'héritage valait an temps du contrat, comme dans l'espèce snivante.

Finge. La minute du contrat a été incendiée, on n'en a délivré aucune expédition. Le vendeur et l'acheteur sont morts. Un lignager a donné la demande en retrait contre l'héritier de l'acheteur : sur cette demande, en conséquence de l'incendie des minntes, on a admis le lignager à la preuve testimoniale de la vente qui a donné ouverture au retrait. Le notaire et les témoins entendus, ont déposé qu'ils se souviennent qne le contrat de vente a été passé vers un tel temps, mais qu'ils ne se seuviennent pas pour quel prix. Il faut bien, en ce cas, avoir reconrs au dire d'experts; et ce défaut de connaissance du prix ne doit pas exclure les lignagers. C'est l'avis de Grimaudet, v, 7.

284. Si c'était sur l'acheteur que le retrait s'exerçât, et qu'il déclarât le prix pour lequel il a acheté l'héritage, je pense que le juge devrait s'en rapporter à cette déclaration de l'acheteur, en prenant son serment. Si, néanmoins, le li-

gnager soutenait que ce prix prétendu n'est pas vraisemblable, je pense qu'il faudrait avoir recours à des experts pour dire s'il est vraisemblable : au cas qu'il ne le fût pas, on n'aura pas d'égard à la déclaration de l'acheteur, et le prix devra être restitué, suivant le dire desdits experts.

285. On ne doit pas non plus s'en rapporter à la déclaration de l'acquéreur, mais il faut avoir recours au dire d'experts, lorsque l'acheteur a été trouvé en mauvaise foi ; *putà*, s'il avait commencé par dénier l'achat qu'il avait fait, lequel a été justifié depuis.

286. Lorsqu'on n'a d'autre preuve de la vente, qui a donné ouverture au retrait, que la déclaration de l'acheteur, il n'est pas douteux, en ce cas, qu'on la doit prendre en entier, et qu'elle fait foi du prix pour lequel il confesse avoir acheté l'héritage.

287. Lorsqu'outre le prix porté au contrat, l'acquéreur, depuis, a payé ou s'est obligé de payer au vendeur un supplément de prix, on demande si le retrayant est obligé de lui rembourser ce supplément, ou de l'en indemniser, s'il le doit encore au vendeur. Il n'est pas douteux que l'acheteur en doit être remboursé, lorsqu'il a payé ce supplément en vertu d'une sentence, qui, sur une action rescisoire, donnée contre lui par le vendeur, pour cause de lésion d'outre moitié du juste prix, l'a condamné à délaisser l'héritage, si mieux il n'aimait payer ce supplément.

Il est aussi sans difficulté que l'acheteur doit être remboursé du supplément de prix qu'il a payé, lorsqu'il paraît qu'il l'a payé pour empêcher cette action, ou quelque autre action rescisoire, ou de réméré, ou quelque autre que le vendeur avait droit de donner contre lui.

Plusieurs Coutumes en ont des dispositions. Anjou, *art.* 364, dit : « Le prix de la grâce (de « réméré) achetée par l'acquéreur, se mettra en « abondance avec le principal en connaissance « de retrait, etc. ; » et *art.* 365 : « Et à sembla« bles, le supplément fait par l'acquéreur par « autorité de justice et sans fraude avant l'ajour« nement, etc. » Maine, 374 et 375, dit la même chose en mêmes termes. Bourbonnais, *art.* 431, dit pareillement : « Supplément du juste prix, « achat du droit de réméré, et frais qui en dé« pendent, faits sans fraude par l'acquéreur « avant l'ajournement, etc., se comptent avec « le sort principal. » Nivernais, *chap.* 31, *art.* 12, dit la même chose.

288. Que doit-on décider dans le cas auquel l'acheteur croyant avoir acheté à trop vil prix, non pas néanmoins au-dessous de la moitié du juste prix, a, par pure délicatesse de conscience, avant qu'il eût été donné aucune demande en retrait, payé ce supplément au vendeur? Dumoulin, *in Cons. Par.* § 20, *gl.* 8, *n.* 1, semble décider que le retrayant doit rendre le prix avec le supplément ; car il dit : *Illud, et non primum, est verum pretium conventum, quasi reformatâ priore venditione.* Cette décision doit avoir lieu, lorsque le supplément du prix a été payé ou convenu avant la tradition réelle de l'héritage vendu, parce que la vente ne subsistant, en ce cas, que par le seul consentement des parties, elle peut facilement être détruite et fondue en une autre par un autre consentement ; voyez *notre Traité du contrat de vente*, *n.* 327 et 328. Mais, si ce n'est que depuis la tradition réelle, faite en exécution de la vente, qu'il a plu à l'acheteur de payer ce supplément de prix, il faut décider le contraire : car la vente ayant été exécutée par la tradition réelle, ne peut être détruite, les conditions n'en peuvent être changées au préjudice du droit de retrait acquis irrévocablement à la famille du vendeur : il paraît même que c'est le sens de Dumoulin, qui, au lieu cité, veut, pour qu'on ait égard à l'augmentation du prix, que *non fuerit consummata et executa venditio.*

Les textes des Coutumes ci-dessus rapportées, qui disent indistinctement qu'on doit tenir compte à l'acquéreur du supplément du juste prix, qu'il a donné au vendeur sans fraude avant l'ajournement, ne doivent s'entendre que de celui qu'il a donné pour se rédimer de quelque action que le vendeur conservait contre lui, et non de celui qu'il a donné volontairement ; *Grimoudet*, VII, 6.

289. Lorsqu'un acheteur a fait un décret sur lui, qui est devenu forcé, et sur lequel il a été obligé de se rendre adjudicataire pour un prix plus fort, ce n'est pas seulement le prix porté au contrat de vente que le retrayant doit rembourser, comme l'a avancé Lhemmeau, III, 208, en quoi il a été justement repris par son commentateur Challine ; c'est celui du décret qu'il doit rembourser : car ce n'est pas, en ce cas, le contrat de vente, puisqu'il est devenu inefficace par les enchères portées au-dessus du prix, mais c'est le décret qui donne ouverture au retrait. C'est pourquoi, dans les Coutumes telles que la nôtre, qui disent qu'héritage vendu par décret n'est sujet à retrait, il n'y aurait pas lieu, en ce cas, au retrait.

290. Lorsqu'une maison, qui a été vendue, a été depuis brûlée sans le fait ni la faute de l'acheteur, ou lorsqu'une partie des héritages, compris dans un même marché, est périe ; *putà*, si la rivière en a emporté une partie ; le lignager, qui retire ce qui en reste, est-il obligé de rendre tout le prix du marché? Tiraqueau, *ad finem tit. n.* 76, décide qu'il ne doit rendre le prix

qu'à proportion de ce qui reste. Tous les exemples qu'il rapporte, pour autoriser sa décision, n'ont aucun rapport au retrait. On peut dire, pour son sentiment, que le lignager, n'exerçant pas le retrait de ce qui n'existe plus, n'en doit pas rendre le prix; que la perte étant arrivée pendant que l'acheteur était propriétaire, l'acheteur la doit supporter, suivant la règle, *Res perit domino*. Ferronius décide, au contraire, que, dans ce cas, le lignager ne laisse pas d'être obligé de rendre tout le prix du marché. La raison est, que n'y ayant qu'un seul marché auquel le lignager est subrogé par le retrait, le lignager doit se charger de toutes les pertes survenues dans les choses comprises au marché, puisqu'il prend pour lui le marché. En cela, on ne lui fait aucune injustice, puisqu'il ne tient qu'à lui de ne pas se charger de ce marché, en n'exerçant pas le retrait. Au contraire, ce serait une injustice manifeste que le lignager ne prît le marché de l'acquéreur que pour les choses qui restent de ce marché, et qu'il laissât le marché à l'acheteur pour ce qui est péri : l'acheteur, sur qui on exerce le retrait, cesse d'être l'acheteur, et doit, par conséquent, être remboursé de tout ce que son achat lui a coûté, par le retrayant, qui devient acheteur à sa place. Quant à ce qu'on propose, que *Res perit domino*, la réponse est, que, lorsque le propriétaire de la chose qui est périe en était débiteur envers quelqu'un, la perte tombe sur celui à qui elle était due, suivant cette autre règle, *Res perit creditori :* la perte en doit donc tomber sur le lignager retrayant, auquel, en cas de retrait, la restitution de cette chose est due. Cette décision de Ferronius est la plus juridique, et doit être suivie.

291. *Vice versâ*, si l'héritage, depuis le contrat de vente, et avant la demande en retrait, était augmenté, *putà*, par des alluvions, le retrayant doit profiter de ce bénéfice, et cette augmentation de l'héritage ne doit causer aucune augmentation dans le prix du marché qu'il doit rendre; car le retrayant, en prenant le marché pour son compte, en doit avoir tous les bénéfices, de même qu'il en supporte tous les risques.

292. Observez que, lorsque le prix, porté au contrat, renferme, outre celui de l'héritage, celui des fruits pendans, ou de quelques jouissances, l'acquéreur, qui en a profité, en doit faire déduction, comme nous le verrons au *chap.* 10.

293. Il reste à observer que l'acquéreur doit être remboursé du prix, non seulement lorsqu'il l'a réellement payé, mais lorsqu'il s'en est acquitté par quelque espèce de paiement fictif que ce soit, *putà*, par la compensation qu'il en aurait faite avec quelque somme dont le vendeur lui était débiteur d'ailleurs.

Mais, si la somme, dont il a été fait compensation avec une partie du prix, était due par le vendeur à l'acheteur, en vertu du même contrat de vente; *putà*, si le vendeur, se trouvant débiteur des dommages et intérêts pour raison de quelque charge de l'héritage, non déclarée par le contrat, les dommages et intérêts eussent été compensés avec une partie du prix, il est évident que le retrayant ne serait pas tenu de faire raison à l'acheteur de cette partie du prix; car le retrayant étant subrogé à tous les droits résultans de l'achat, c'est au retrayant que sont dus ces dommages et intérêts, auxquels cette partie du prix a été compensée.

294. Suivant le même principe, si, depuis le contrat de vente, l'acheteur s'est acquitté du prix ou d'une partie par une novation, en contractant une autre dette à la place, soit envers le vendeur, soit envers une autre personne de l'ordre du vendeur, il n'est pas douteux que le retrayant doit rembourser à l'acheteur le prix ou la partie du prix dont il s'est acquitté par cette novation, de même que s'il l'eût payée réellement; mais il n'est pas tenu de l'acquitter de la nouvelle dette.

Cependant, si cette novation s'était faite, par le contrat même de la vente, ou depuis, mais par une transaction entre le vendeur et l'acheteur, sur l'exécution de ce contrat, contre lequel le vendeur voulait se pourvoir, la novation faisant, en ce cas, partie des conditions du marché auquel le retrayant est subrogé, le retrayant ne doit pas, en ce cas, rendre le prix dont il s'est fait novation, mais il doit acquitter ou décharger l'acquéreur de la nouvelle obligation.

295. Suivant le même principe, si l'acheteur a été libéré du prix par la confusion, ayant succédé, soit à titre universel, soit à titre singulier, au vendeur à la créance de ce prix, il n'est pas douteux qu'il en doit être remboursé par le retrayant, comme s'il l'eût réellement payé.

296. Pareillement, si le vendeur, pour gratifier l'acheteur, lui a fait remise d'une partie du prix, l'acheteur doit en être remboursé par le retrayant, comme s'il l'eût réellement payé; mais, si le vendeur avait déclaré, par l'acte de remise, qu'il le faisait par délicatesse de conscience, et parce qu'il croyait avoir vendu trop cher, le retrayant, comme devenu aux droits de l'acheteur, devrait profiter de la remise, et ne serait pas tenu de rembourser à l'acheteur la somme remise.

Observez aussi que, pour que l'acquéreur puisse prétendre le remboursement de la partie du prix, qui lui a été remise, il faut qu'il ne paraisse pas que cette partie du prix dont on lui

a fait remise, n'était qu'un prix simulé, ajouté en fraude de retrait. C'est ce qui paraît lorsque l'acheteur est une personne qui n'a avec le vendeur aucune liaison de sang ou d'amitié, qui ait pu porter le vendeur à cette remise, et que d'ailleurs le prix, sans la partie dont il est dit qu'on fait remise, est la juste valeur de l'héritage.

Lorsqu'il n'y a pas une preuve suffisante de la simulation du prix, on peut déférer le serment à l'acheteur.

§ II. DE LA DÉCHARGE DU PRIX QUI EST ENCORE DU.

297. Le retrayant, pour indemniser l'acquéreur, doit lui procurer la décharge du prix qu'il n'a pas payé, et qu'il doit encore.

Le retrayant peut procurer à l'acquéreur cette décharge, ou en payant à l'acquéreur la somme qu'il doit, ou en la payant au vendeur, et en remettant la quittance à l'acquéreur, ou en rapportant à l'acquéreur un acte par lequel le vendeur le décharge.

298. Il est souvent de l'intérêt du retrayant de payer au vendeur plutôt qu'à l'acquéreur; car, lorsque l'acquéreur n'est pas bien solvable, le retrayant, en payant à l'acquéreur, court le risque que cet acquéreur retienne l'argent et ne paie pas le vendeur, aux hypothèques duquel l'héritage retiré demeure sujet pour ce prix, que le retrayant serait tenu de payer une seconde fois au vendeur, sauf son recours contre l'acheteur à qui il l'aurait payé.

Le retrayant a donc intérêt de payer entre les mains du vendeur, pour éviter de courir ce risque; et, quoiqu'il ne soit pas débiteur du vendeur, il peut obliger le vendeur à recevoir de lui le prix qui lui est dû par l'acheteur : il peut, à cet effet, lui faire sommation, et, sur son refus, consigner. Le retrayant, en ce cas, remettra à l'acheteur la sommation et la quittance de consignation, qui doit tenir lieu à l'acheteur de la quittance du vendeur, si ce vendeur eût voulu recevoir : le retrayant doit, de plus, faire, à ses risques, déclarer contre le vendeur les offres et la consignation valables, et remettre à l'acquéreur copie du jugement.

299. Si le vendeur veut bien recevoir le retrayant pour débiteur, et décharger l'acheteur, le retrayant, en remettant à l'acheteur cette décharge, satisfait à cet égard à l'obligation du retrait, de même que s'il eût payé.

300. Si le prix n'était pas encore exigible, soit pour le total, soit pour partie, lors du retrait, le retrayant pourrait-il obliger le vendeur à l'accepter pour débiteur de ce prix et de toutes les obligations portées au contrat de vente, et en décharger l'acheteur, en donnant par le retrayant audit vendeur bonne et suffisante caution? On peut apporter des raisons assez plausibles en apparence pour l'affirmative. Le droit de retrait étant le droit qu'a le lignager de prendre le marché de l'acheteur étranger, et d'être subrogé à l'achat qu'il a fait, tous les droits résultans de cet achat sont transférés de la personne de l'acheteur étranger, en celle du retrayant : il paraît s'ensuivre que les obligations résultantes de cet achat doivent pareillement passer de sa personne en celle du retrayant, et que cet acheteur étranger en doit être déchargé. Il est vrai que cette translation des droits et des obligations de l'acheteur, en la personne du retrayant, ne doit pas préjudicier au vendeur. Mais, au moyen de la caution qui lui sera donnée, elle ne lui causera aucun préjudice, étant indifférent au vendeur qui il ait pour débiteur, pourvu qu'il ait une sûreté entière, qui lui est procurée par une bonne caution que lui donnera le retrayant. C'est l'avis de Grimaudet, VII, 10, qui va même jusqu'à dire qu'on ne doit pas toujours obliger, pour cela, le retrayant à donner caution, et que cela doit être laissé à l'arbitrage du juge.

Nonobstant ces raisons, Dumoulin, *in Cons. Par.* § 20, *gl.* 8, *n.* 8, décide que le vendeur n'est pas obligé, quelque caution qu'on lui offre, d'accepter le retrayant pour débiteur à la place de l'acheteur. La raison est que le retrait est une affaire qui ne se passe qu'entre le retrayant et l'acheteur sur qui le retrait s'exerce, et qui ne concerne pas le vendeur. Le vendeur n'étant pas garant du retrait, l'acheteur étant censé s'être chargé d'en courir le risque, le retrait ne peut donner à l'acheteur, sur qui il est exercé, aucune action contre le vendeur pour l'obliger à le décharger de son obligation : le vendeur se trouve donc dans la règle générale qui ne permet pas qu'un créancier puisse être obligé, malgré lui, à changer de débiteur, quelque caution qu'on lui offre. Plusieurs Coutumes ont des dispositions conformes à cette décision de Dumoulin; Melun, *art.* 155; Auxerre, *art.* 175; Sens, *art.* 53, *etc.*

301. De là naît une autre question, qui est de savoir si, le vendeur ne voulant pas décharger l'acheteur, sur qui le retrait est exercé, de ses obligations, le retrayant peut jouir des termes accordés par le contrat pour le paiement du prix, en offrant bonne et suffisante caution à l'acheteur, de payer aussitôt l'échéance du terme, et de lui rapporter quittance ou décharge. Dumoulin, *d. gl. n.* 5, décide pour l'affirmative. Sa raison est, que le retrayant étant, par le retrait, subrogé au marché qu'a fait l'acheteur, il doit jouir de tous les avantages qui en font partie, et par conséquent du terme accordé par le marché : s'il n'en jouissait pas, et qu'il fût obligé de payer comptant ce que l'acheteur ne s'est obligé de payer qu'au bout d'un certain terme, il ache-

terait plus cher que l'acheteur; car le plus s'estime *non solùm quantitate, sed et tempore;* ce qui paraît être contre la nature du retrait, qui, n'étant qu'une subrogation au marché de l'acheteur, doit se faire au même prix et aux mêmes conditions. L'acheteur ne peut se plaindre de ce qu'il demeurera obligé pendant le temps que durera le terme, puisqu'il est pourvu à son indemnité par une bonne et suffisante caution qu'on lui donne. Ce sentiment a été embrassé par quelques Coutumes; Sens, Melun, Auxerre, aux articles ci-dessus cités.

Au contraire, la Coutume de Troyes, *art.* 161, et celle de Reims, *art.* 225, ne permettent pas que le retrayant jouisse, en ce cas, du terme en donnant caution, et elles l'obligent à rapporter à l'acheteur, dans les vingt-quatre heures, quittance ou décharge du prix qui reste à payer, quoique le terme du paiement ne soit pas échu. La raison, sur laquelle elles se fondent, est que le retrayant doit indemniser l'acquéreur aussi parfaitement qu'il peut le faire. Or, la caution qu'on lui donne ne le décharge pas de son obligation, et n'empêche pas qu'il ne coure le risque d'être exposé à des contraintes pour le paiement du prix, sauf son recours; il est donc évident qu'elle ne l'indemnise pas aussi parfaitement que le paiement ou la décharge de son obligation.

Il paraît que c'est aussi l'esprit des Coutumes de Paris et d'Orléans. On peut tirer argument des *art.* 137 de Paris, et 390 d'Orléans, par lesquels ces Coutumes obligent le retrayant sur un bail à rente rachetable, à rembourser la rente dans les vingt-quatre heures, et ne permettent pas par conséquent au retrayant de jouir de la faculté, qu'aurait eu le preneur sur qui le retrait est exercé, de retenir le prix en payant la rente.

Observez, en passant, qu'il faut supposer, dans l'espèce de ces articles, que, par le bail, il y avait quelque clause de fournir et faire valoir la rente, ou autre semblable, en vertu de laquelle le preneur serait demeuré obligé à la rente, nonobstant le retrait exercé sur lui; car, si le bail était un simple bail à rente, le preneur étant déchargé de plein droit de la rente pour l'avenir, en cessant de posséder l'héritage, il n'aurait aucun intérêt au rachat de la rente, et il n'y aurait, par conséquent, aucune raison d'obliger le retrayant à ce rachat.

Ces dispositions des Coutumes de Paris et d'Orléans ayant été ajoutées lors de la réformation, et formées apparemment sur la jurisprudence qui avait lieu alors, il y a lieu de penser qu'elles doivent avoir lieu dans les Coutumes qui ne s'en sont pas expliquées.

302. Lorsque le terme du paiement a été accordé en faveur du vendeur, étant porté par le contrat que le prix ne pourrait être payé qu'au bout d'un certain temps; en ce cas, n'étant pas au pouvoir du retrayant de payer le vendeur, qui ne veut pas recevoir avant le terme porté par le contrat, l'acheteur, sur qui le retrait est exercé, doit se contenter de la caution que le retrayant lui donne de payer à sa décharge, lors de l'échéance du terme; car la caution étant la seule espèce d'indemnité qu'il soit possible de donner, l'acheteur doit s'en contenter, personne ne pouvant être tenu à l'impossible.

303. Il en est de même, lorsque la vente a été faite à la charge de la prestation de quelque rente qui ne peut être remboursée; le retrayant ne peut être obligé à autre chose qu'à donner caution de l'acquitter à la charge de l'acheteur.

ARTICLE II.

Des charges imposées à l'acheteur par le contrat de vente.

304. Les charges, appréciables à prix d'argent, qui sont imposées à l'acheteur par le contrat de vente, font partie du prix. C'est pourquoi, lorsqu'elles ont été acquittées par l'acheteur, sur qui le retrait est exercé, le retrayant doit rembourser l'acheteur de la somme à laquelle elles seront estimées, de même qu'il le doit rembourser du prix principal de l'acquisition.

Il y a seulement cette différence, que le prix principal étant une somme d'argent certaine et liquide, le remboursement en doit être fait, dans le temps fatal accordé par la Coutume pour l'exécution du retrait; au lieu que le prix de ces charges n'étant pas liquide, il n'y a point de temps fatal pour le restituer; il doit seulement l'être après que l'estimation en aura été faite.

Cette estimation doit être faite aux dépens du retrayant, par des estimateurs, dont l'un doit être choisi par le retrayant, et l'autre par l'acheteur; et, si les estimateurs ne s'accordent pas, l'estimation se fait par un tiers, qui est, en ce cas, nommé d'office par le juge.

305. Lorsque les charges n'étaient pas encore acquittées lors du retrait, suivant le principe que nous avons établi en l'article précédent, l'acheteur n'en demeure pas, par le retrait, déchargé envers le vendeur. Par exemple, si vous avez détaché de vos terres une petite métairie, que vous avez vendue à un arpenteur pour la somme de mille écus, et en outre à la charge qu'il ferait l'arpentage et lèverait le plan de toutes vos terres; quoiqu'on ait exercé le retrait sur lui peu après son acquisition, et avant qu'il ait commencé ce travail, il ne demeure pas moins obligé envers vous à le faire. C'est pourquoi le retrayant doit l'indemniser de cette charge, à laquelle il s'est obligé, et lui payer le prix qu'on

estimera que valent ce plan et cet arpentage qu'il s'est obligé de faire.

Au reste, je pense que le retrayant n'est pas obligé à payer d'avance à l'acheteur, sur qui il a exercé le retrait, le prix de ce plan et de cet arpentage, mais seulement à lui donner bonne et suffisante caution de le lui payer après que l'ouvrage aura été fait, et reçu par le vendeur; autrement le retrayant courrait risque de payer deux fois, au cas que l'acheteur, après avoir reçu de lui le prix de cet ouvrage, qu'il s'est chargé de faire, ne fit pas l'ouvrage comme il faut, ou ne le fit point du tout, et qu'il fût insolvable; car l'héritage retiré est hypothéqué aux dommages et intérêts du vendeur résultans de l'inexécution de cette charge du contrat. D'ailleurs, on ne fait aucun tort à l'acheteur arpenteur en différant le paiement du prix de son ouvrage après qu'il aura été fini et reçu, ces ouvrages ne se payant pas ordinairement plus tôt.

306. Cette décision doit surtout avoir lieu, lorsque la charge imposée à l'acheteur sur qui on a exercé le retrait, est une charge qui ne consiste que dans le travail personnel de l'acheteur à qui elle a été imposée, et qui ne demande que peu ou point d'avances pour être acquittée. Il ne faudrait pas toujours décider la même chose, lorsque la charge exige des avances. Par exemple, si j'ai vendu un héritage à un entrepreneur pour une certaine somme, et à la charge qu'il me construirait à ses frais, en un tel lieu, un bâtiment, suivant le devis fait entre nous; je ne crois pas qu'on doive renvoyer cet acheteur entrepreneur à recevoir le prix du bâtiment qu'il s'est obligé de faire, après qu'il l'aura fini: je pense qu'il doit être admis à demander que le retrayant lui en avance le prix, aux offres que ferait cet entrepreneur de donner bonne et suffisante caution de le faire, et que, dans le cas auquel il n'aurait pas de caution à donner, il devrait être admis à demander au retrayant partie du prix de son ouvrage, à mesure qu'il serait avancé.

307. Lorsque les charges, imposées par le contrat à l'acheteur, ne sont pas appréciables à prix d'argent, comme si un curé a vendu une maison à un ecclésiastique pour une certaine somme, et à la charge qu'il ferait les catéchismes dans sa paroisse trois fois la semaine, depuis la Toussaint jusqu'à Pâques, et qu'il ne fût pas d'usage dans cette paroisse qu'il y eût un catéchiste, à qui le curé donnât un certain honoraire; l'acheteur, en ce cas, quoiqu'il ait acquitté cette charge, ne peut, en cas de retrait, prétendre rien à cet égard du retrayant: car quelle somme pourrait-il prétendre, puisque ce qu'il a fait n'est appréciable à aucune somme?

308. Lorsqu'on est convenu, par le contrat de vente, que l'acheteur prêterait une certaine somme au vendeur, qui la lui rendrait dans un certain temps, lequel prêt a été fait effectivement; Grimaudet, VII, 7, pense que le retrayant doit indemniser l'acheteur de ce prêt, qui est une charge du contrat de vente, en lui rendant la somme prêtée, et qu'il ne suffirait pas de lui faire raison des intérêts de cette somme, jusqu'au temps qu'il aura droit de la répéter du vendeur à qui il l'a prêtée.

Il faut néanmoins prendre garde si cette clause n'a pas été apposée en fraude du droit du retrait, pour le rendre impossible au retrayant qui n'aurait pas le moyen de trouver une somme considérable, qu'on n'a prêtée que pour cet effet au vendeur, ce qui doit s'estimer par les circonstances.

ARTICLE III.

Du remboursement des loyaux coûts.

309. Le retrayant doit indemniser l'acquéreur, non seulement du prix et de ce qui en fait partie, comme nous l'avons vu dans les articles précédens; il doit l'indemniser généralement de tous les loyaux coûts de l'acquisition, c'est-à-dire, de tout ce qu'il a été obligé de débourser pour les frais de l'acquisition.

On ne doit pas néanmoins confondre les *coûts* de l'acquisition avec ce qu'il en a coûté à l'acquéreur à l'occasion de l'acquisition, plutôt que pour l'acquisition. On n'appelle *coûts* de l'acquisition, que ceux dont l'acquisition a été la cause prochaine et immédiate, et qui ont été faits pour y parvenir, et non ceux dont elle n'a été que l'occasion. Par exemple, si, dans le voyage que j'ai fait pour aller visiter l'héritage, dont on a exercé le retrait sur moi, j'ai été volé en chemin, je ne puis prétendre que le remboursement des frais ordinaires de voyage, qui sont frais de l'acquisition; mais je ne puis exiger aucune indemnité pour le vol qui m'a été fait, car cette perte a été occasionée par l'acquisition, mais elle ne l'a pas pour cause: *Hæc magis casibus quàm negotio emptionis imputanda sunt.* C'est sur le même principe qu'il est décidé en droit, qu'un mandataire, qui doit être indemnisé de tout ce qu'il lui en a coûté pour l'exécution du mandat, ne doit pas néanmoins l'être de ce qu'il lui en a coûté seulement à l'occasion du mandat: *Non omnia, quæ impensurus non fuit, mandatori imputabit; veluti quòd spoliatus sit à latronibus.... nam hæc magis casibus, quàm mandato imputari oportet; l.* 26, § 6, ff. *Mand.*; Tiraqueau, ff. 29, *gl.* 4, *n.* 15.

310. Dans les Coutumes, où le plus prochain lignager est préféré, si l'acheteur avait donné une somme au plus prochain pour le faire re-

noncer au retrait, devrait-il être remboursé de cette somme par le lignager plus éloigné qui exerce le retrait? Boer et Chassanée décident pour l'affirmative, parce que le lignager plus éloigné, qui aurait été exclu sans cela, profite de cette dépense. L'opinion pour la négative, que suit Tiraqueau, ff. 29, *gl.* 4, *n.* 14, paraît meilleure : car cette impense n'est pas faite pour l'acquisition; on ne peut pas même assurer que le plus prochain eût, sans cela, retiré; il a pu faire semblant de le vouloir, pour tirer cette somme.

311. Le retrayant n'est pas même obligé de rembourser à l'acquéreur indistinctement tout ce qu'il lui en a coûté pour l'acquisition, mais seulement tout ce qu'il a dû lui en coûter; c'est ce que signifient ces termes de *loyaux coûts*. S'il a fait des dépenses inutiles, qu'il eût pu se passer de faire, il n'en peut pas prétendre le remboursement.

312. Ces *loyaux coûts* sont, 1° ce que l'acheteur a donné à la femme, aux enfans ou aux domestiques du vendeur, ou autres personnes, pour pots-de-vin, épingles, ou sous quelque autre dénomination que ce soit, pourvu qu'il paraisse par le contrat que cela a fait partie des conditions du contrat.

Mais si l'acheteur, par pure libéralité, et sans que cela eût été stipulé par le contrat, avait fait ces présens, il ne pourrait en prétendre le remboursement; car ce ne sont pas, en ce cas, des *loyaux coûts*, suivant la définition que nous en avons donnée, puisqu'il pouvait se dispenser de les faire.

Je pense même que lorsque ces pots-de-vin et épingles ne sont pas stipulés par le contrat de vente, l'acquéreur ne serait pas admis à prouver par témoins qu'ils ont été une des conditions du marché; car il a été au pouvoir de l'acquéreur de se procurer la preuve par écrit de cette convention vis-à-vis du retrayant. Je pense aussi que des actes sous signature privée, ou même par-devant notaires, par lesquels le vendeur déclarerait que ces pots-de-vin ou épingles ont fait partie du marché, pourraient, par les circonstances du temps dans lequel ils ont été faits, ou par d'autres circonstances, être rejetés comme des actes auxquels on ne doit pas ajouter foi, l'acheteur devant s'imputer de n'avoir pas fait mention de cette convention dans le contrat.

313. 2° Les frais du contrat sont aussi des *loyaux coûts*, ce qui comprend le contrôle, l'insinuation, le centième denier, le papier et le parchemin, et les salaires du notaire, tant pour la minute que pour les expéditions délivrées au vendeur et à l'acheteur, les frais des quittances des paiemens faits, soit au vendeur, soit aux créanciers délégués.

314. 3° Ce que l'acheteur a donné ou promis de donner au proxenète ou entremetteur du marché, doit aussi être compris dans les *loyaux coûts*, jusqu'à concurrence néanmoins de ce qu'il est d'usage de donner à ces sortes de gens en pareil cas.

315. 4° Les frais de voyage faits, soit par l'acheteur, soit par quelque expert envoyé de sa part pour visiter l'héritage, doivent aussi être couchés en *loyaux coûts*, aussi bien que le salaire de cet expert; car il est de la prudence d'un acheteur de visiter ou de faire visiter un héritage avant que de l'acheter. Il en est de même des frais de voyage pour la passation du contrat.

Observez que ces frais de voyage ne lui doivent être remboursés qu'autant qu'il les a faits exprès, et qu'il ne les eût pas faits sans cela. S'il a fait ces voyages pour d'autres affaires, et que l'affaire de son acquisition ait seulement prolongé le temps du voyage, il ne peut prétendre le remboursement que de la dépense que lui a occasionée cette prolongation.

316. Quelques auteurs comprennent aussi parmi les *loyaux coûts*, le *coût* des consultations d'avocats que l'acheteur a faites pour la sûreté de son acquisition. On doit, à cet égard, estimer s'il y avait un juste sujet de consulter, et si ce qui a été donné pour la consultation n'est pas excessif.

317. 5° Le retrayant doit aussi payer à l'acheteur, par forme de *loyaux coûts*, les intérêts du prix que l'acheteur a payé au vendeur, lesquels doivent courir depuis le jour du paiement que l'acheteur a fait, jusqu'aux offres du retrayant; à moins que l'acheteur n'eût perçu les fruits de l'héritage, qui sont censés le dédommager de la privation de la jouissance du prix qu'il a payé : autrement il est juste qu'il en soit indemnisé par ces intérêts; car, s'il n'eût pas fait l'acquisition de l'héritage qui lui est retiré, il aurait fait un autre emploi de son argent, qui lui eût produit un revenu.

318. A plus forte raison l'acheteur, qui n'a pas perçu les fruits, doit être remboursé ou déchargé des intérêts qui ont couru contre lui pour le prix de l'achat qu'il n'a pas encore payé. Il doit l'être pareillement des arrérages de rente, qui ont couru contre lui, lorsque c'est sur un bail à rente que le retrait est exercé.

319. Lorsque la demande en retrait n'est donnée qu'après la récolte qui a été stérile, l'acheteur peut-il demander à être remboursé ou indemnisé de ces intérêts et arrérages qui ont couru contre lui, en offrant de compter des fruits qu'il a perçus, et d'en faire déduction? La Coutume de Paris décide la question, *art.* 138, dans le cas d'un retrait sur un bail à rente rachetable : elle dit que l'acheteur peut mettre en *loyaux coûts* les arrérages échus dans l'an qui a

précédé l'ajournement, en rendant les fruits par lui perçus dans ledit an. La raison est que l'acquéreur doit être rendu parfaitement indemne. Cette raison milite également à l'égard des intérêts du prix du contrat de vente. Cependant, parmi les arrêts de M. Leprestre, il se trouve un arrêt du 18 août 1626, qui a débouté les religieuses de l'Annonciade, sur qui le duc d'Elbeuf avait retiré l'hôtel de Mayenne, de leur demande des intérêts du prix courus depuis l'acquisition, aux offres de compter des intérêts des loyers de la maison.

320. 6° Les frais de décret, que l'acheteur a fait faire sur lui pour la sûreté de son acquisition, doivent aussi être compris parmi les *loyaux coûts*; je pense qu'il est, à cet égard, indifférent que la faculté de décréter ait été stipulée ou non par le contrat.

321. 7° Les frais de l'instance, que l'acheteur a eue contre le vendeur, pour l'obliger à l'exécution du contrat, doivent aussi être compris dans les *loyaux coûts* que le retrayant doit rembourser à l'acheteur : et, en les remboursant, il est subrogé aux droits de l'acheteur pour les répéter contre le vendeur.

322. 8° Les frais d'instance, que l'acquéreur a faits sur la demande en retrait donnée contre lui, lorsqu'il n'a pas contesté.

323. 9° Le droit de franc-fief, que l'acheteur a été obligé de payer, fait partie des *loyaux coûts* qui doivent lui être remboursés, lorsque le retrayant est lui-même d'une condition qui le rend sujet à ce droit, parce qu'en ce cas il se trouve que l'acquéreur l'en a acquitté. Mais c'est une question entre les auteurs, si le retrayant, non sujet à ce droit, en doit néanmoins rembourser l'acheteur qui a été contraint de le payer. La raison pour l'affirmative est, que le retrayant doit rendre l'acheteur indemne de tout ce qu'il a été obligé de payer pour son acquisition; et ce n'est pas le rendre parfaitement indemne, que de lui laisser un procès contre le traitant, pour la répétition du droit qu'il a payé : pour la parfaite indemnité de l'acquéreur, il faut que le retrayant le rembourse, et se fasse subroger aux droits de l'acquéreur contre le traitant pour la répétition.

Ce premier sentiment est suivi par les annotateurs de Duplessis, par Boucheul, sur Poitou, et par plusieurs autres. Au contraire, Tronçon, *art.* 129, cité par Lemaître, tient la négative. La raison, sur laquelle il se fonde, est de dire qu'il est vrai qu'un acquéreur, capable de posséder l'héritage qu'il a acquis, doit être remboursé de tout ce qu'il a été obligé de débourser pour l'acquisition qu'il a faite; mais que celui, qui était incapable de le posséder, tel qu'est un roturier à l'égard des biens nobles, n'est pas en droit de se faire rembourser par le retrayant noble, du franc-fief qu'il a payé pour purger son incapacité; que ce n'est pas tant l'acquisition par elle-même, que l'incapacité personnelle de cet acquéreur, qui lui a donné cette dépense; que ce retrayant noble ne doit pas souffrir de la condition de cet acquéreur, ni de ce qu'il a voulu acquérir un bien dont il était incapable. Ce sentiment a été embrassé par Chopin, sur Paris, 11, 6, 6, et suivi par Ferrière. La première opinion me paraît préférable : l'incapacité, en laquelle étaient autrefois les roturiers de posséder des fiefs, n'a plus lieu; le commerce leur en a été accordé; ils sont seulement sujets à payer, pour ces biens, une certaine finance au roi. Cette finance est un coût légitime de leur acquisition, et d'une acquisition qui ne leur est pas interdite : ils doivent, par conséquent, en être pleinement indemnisés par le retrayant.

324. Doit-on décider la même chose, à l'égard des droits, qu'ont été obligés de payer les gens de mainmorte, pour l'acquisition d'un héritage, dont on exerce le retrait sur eux? Le retrayant est-il obligé de les rembourser du droit d'amortissement qu'ils ont payé au roi, du coût des lettres patentes qu'ils ont obtenues pour avoir la permission d'acquérir, du droit d'indemnité qu'ils ont été obligés de payer au seigneur, sauf au retrayant à répéter contre le fermier le droit d'amortissement, et contre le seigneur le droit d'indemnité? Je pense que le retrayant n'y est pas tenu. Ce cas-ci est différent du précédent. Les gens de mainmorte sont vraiment incapables de posséder et d'acquérir des héritages; le commerce leur en est interdit. Lorsque, par une grâce spéciale, le roi les relève de cette interdiction, pour une acquisition particulière qu'ils prient le roi de leur permettre de faire, c'est une grâce qui ne doit pas préjudicier aux lignagers du vendeur, ni, par conséquent, leur rendre trop onéreux leur droit de retrait, que souvent ils seraient hors d'état d'exercer, s'il fallait qu'ils trouvassent de l'argent pour rembourser des droits aussi considérables que ceux d'amortissement et d'indemnité, que les gens de mainmorte paient pour les acquisitions qu'ils font. C'est l'avis de Guyot, en son Traité des fiefs, et de Vaslin, sur la Rochelle.

325. 10° Enfin les profits seigneuriaux, que l'acquéreur a payés pour son acquisition, les frais des ports de foi et des dénombremens, des reconnaissances censuelles qu'il a passées au seigneur, des reconnaissances de rentes foncières et déclarations d'hypothèques, qu'il a été obligé de passer à ceux qui avaient quelque droit de rente foncière, ou quelque droit d'hypothèque sur l'héritage, sont des *loyaux coûts* qui doivent être remboursés.

Cela a lieu, quand même l'héritage retiré serait dans la mouvance du roi, et que le retrayant aurait, par un droit attribué à l'office ou à la dignité dont il est revêtu, le privilége de ne point devoir de profit pour les acquisitions qu'il fait dans cette mouvance : il ne doit pas moins le rembourser à l'acquéreur, lorsque l'acquéreur l'a payé, sauf à lui, après qu'il l'aura remboursé à l'acquéreur, de le répéter contre le receveur du domaine. Voyez, *sur cette répétition*, infrà. *chap.* 11, *art.* 5.

Quid, vice versâ, lorsque l'acquéreur est un secrétaire du roi ou autre privilégié, et que le retrayant ne l'est pas? il n'est pas douteux, en ce cas, que le retrayant doit le profit. Mais le doit-il au fermier du roi, ou le doit-il payer à l'acquéreur privilégié, sur qui le retrait est exercé? Il semble qu'il est dû au fermier : le privilégié, sur qui le retrait est exercé, ayant cessé, par le retrait, d'être acheteur, son achat étant détruit en sa personne et transféré en celle du retrayant, il semble qu'il n'est pas dans le cas de jouir du privilége accordé aux secrétaires du roi, d'être exempts de profits pour les ventes ou achats qu'ils feraient dans la mouvance du roi. C'était l'avis de Dumoulin, *in Cons. Par.* ff. 22, *n.* 6, qui, dans cette espèce, dit que le privilégié *non debet negotiari ultra fines privilegii;* et on a jugé conformément à ce sentiment par arrêts des 21 août 1649, et 18 décembre 1668. Néanmoins, depuis, par un arrêt de 1714, on a jugé que le profit devait, en ce cas, être payé, non au fermier des droits du roi, mais à cet acquéreur privilégié, sur qui le retrait est exercé, de même que si cet acquéreur privilégié l'eût effectivement payé. On peut dire, pour cette décision, que c'est la vente, faite à l'acquéreur sur qui on exerce depuis le retrait, qui donne ouverture au profit; que c'est l'acquéreur qui, dès le moment du contrat, en contracte l'obligation envers le seigneur. Lorsqu'il est privilégié, ce n'est qu'en conséquence de son privilége qu'il n'est pas débiteur du profit envers le roi; son privilége lui en opère une remise que le roi lui en fait. Cette remise équipolle à paiement : il doit en profiter, et par conséquent le profit doit lui être restitué par le retrayant, de même que si cet acquéreur l'eût payé.

D'un autre côté, on pourrait répliquer contre l'arrêt de 1714, que cet arrêt a été rendu dans la Coutume de Poitou, suivant que l'atteste Vaslin, qui dit en avoir eu communication. Or, cette Coutume a une disposition en l'article 355, qui est favorable à la prétention des secrétaires du roi. Il est dit, en termes exprès, que *les ventes auraient été remises, soit par bienfait ou* PRIVILÉGE SPÉCIAL, *en sera aussi fait remboursement avec le prix par ledit retrayant.* On ne peut donc pas conclure, de cet arrêt, que la cour eût jugé de même dans d'autres Coutumes, qui n'ont pas pareille disposition, ni, par conséquent, qu'elle ait voulu changer sa jurisprudence établie par les arrêts de 1649 et 1668, ci-dessus cités. La question a été enfin décidée par l'édit du mois de décembre 1743, *art.* 5, qui porte que les secrétaires du roi sont confirmés dans le privilége de *jouir dudit don et remise* (des profits), *soit qu'ils soient retrayans, ou convenus en retrait.*

326. Lorsque le seigneur a reçu de l'acquéreur une certaine somme pour le profit qui lui était dû, et qu'il a fait remise du surplus, le retrayant doit rendre à cet acquéreur le profit entier, et non pas seulement la somme qu'il a payée au seigneur. C'est l'avis de Dumoulin, *in Cons. Par.* § 22, *n.* 6, et de tous les auteurs. Il dit qu'il y a une grande différence entre le cas d'un privilégié, sur qui on exerce le retrait, et ce cas-ci. Dans le cas du privilégié, sur qui on exerce le retrait, le privilége empêche bien que la vente faite au privilégié ne produise au roi des lots et ventes, jusqu'à ce que, par le retrait, elle ait été transférée en la personne du retrayant non privilégié; mais elle ne subroge pas le privilégié aux droits du roi, pour se faire rembourser de ce profit par le retrayant : il ne peut pas dire que le roi lui ait fait passer ses droits pour le profit, puisque le profit n'a pas été acquis au roi. Au contraire, lorsque la vente du fief a été faite à un particulier, à qui un seigneur a fait remise du profit, ou d'une partie du profit, cette remise emporte un don que le seigneur, à qui le profit a été acquis, fait à cet acquéreur; et, par conséquent, cet acquéreur, comme étant, par cette remise, aux droits du seigneur, peut s'en faire rembourser par le retrayant. C'est le sens de ces termes de Dumoulin, *Latissima est differentia inter simplicem immunitatem quæ impedit acquisitionem juris, et cessionem quæ implicat agnitionem et acceptationem jurium et translationem jurium acquisitorum in alium.*

Cette décision souffre exception à l'égard des remises du quart qui sont faites aux acquéreurs par les receveurs des domaines du roi. Ces remises, étant des remises que les receveurs sont obligés de faire indistinctement à tous les acquéreurs qui donnent avis de leur acquisition, ne peuvent être censées faites par aucune considération personnelle de l'acquéreur : elles sont censées n'être faites à l'acquéreur, qu'en sa qualité d'acquéreur; et, par conséquent, ce n'est pas l'acquéreur, qui, par le retrait, cesse d'être acquéreur; c'est le retrayant, qui devient l'acquéreur en sa place, qui doit profiter de cette

remise. C'est l'avis de Livonière, *Traité des fiefs*, et de plusieurs autres auteurs.

327. Vaslin, sur l'*art.* 35 de La Rochelle, apporte une deuxième exception, qui est, que l'acquéreur ne doit pas être reçu à se faire rembourser la remise, lorsqu'il n'a payé le profit et obtenu la remise, que depuis la demande en retrait, parce que le lignager, qui exerce le retrait sur vous, s'étant, par la demande qu'il a donnée contre vous, déclaré acheteur en votre place, et étant dès lors, en votre place, chargé du profit, il est contre la bonne foi, qu'en prenant les devans, vous lui interceptiez les moyens qu'il avait d'aller trouver le seigneur, et d'obtenir de lui la remise qu'il aurait vraisemblablement obtenue comme vous. Il prétend que c'est pour cette raison que Coquille, sur l'*art.* 12 du *chap.* 31 de la Coutume de Nevers, dit que l'acheteur, depuis les offres, ne doit payer les profits *sans en avertir et sommer le retrayant.* Cette décision de Vaslin nous paraît très équitable.

ARTICLE IV.

Des impenses.

328. Par la même raison que l'acquéreur doit être remboursé des loyaux coûts qu'il a faits pour son acquisition, il doit pareillement être remboursé des impenses qu'il a été obligé de faire sur l'héritage : ce remboursement fait également partie de l'indemnité qui lui est due par le retrayant.

329. Observez qu'il ne doit être remboursé que de celles qu'il a faites sur l'héritage même, *in rem ipsam,* telles que sont les réparations qu'il a faites aux bâtimens; mais il ne peut prétendre le remboursement de celles qu'il a faites, non sur l'héritage, mais seulement à l'occasion de l'héritage. Par exemple, si l'acquéreur d'un héritage, sur qui on exerce le retrait, avait, avant la demande en retrait, acheté des chevaux pour faire valoir cet héritage, et que ces chevaux fussent morts, il ne pourrait pas prétendre qu'on lui remboursât le prix qu'ils lui ont coûté; car l'impense, qu'il a faite en achetant les chevaux, est à la vérité une dépense qu'il a faite à l'occasion de l'acquisition qu'il a faite de cet héritage, puisqu'il n'aurait pas acheté de chevaux s'il n'eût pas acheté l'héritage; mais ce n'est pas une impense faite sur l'héritage même.

330. A l'égard de celles, qui sont faites sur l'héritage même, *in rem ipsam*, il ne doit pas même être remboursé indistinctement de toutes : il ne doit pas être remboursé de celles qui seraient purement voluptuaires; car le retrayant n'en profite pas, et l'acquéreur doit s'imputer de les avoir faites sans que besoin en fût.

331. Il ne peut pas même prétendre le remboursement des impenses utiles, dont le retrayant profite, lorsqu'elles n'étaient pas nécessaires. La raison est qu'il ne doit pas lui être permis de rendre la condition du retrait plus onéreuse, en faisant, sur l'héritage sujet au retrait, des impenses qui, quoique utiles, n'étaient pas nécessaires, et d'empêcher, par ce moyen, les lignagers, qui n'auraient pas la commodité de les rembourser, d'exercer le droit de retrait que la loi leur accorde. C'est par cette raison que la plupart des Coutumes, et entre autres celles de Paris, *art.* 146, et d'Orléans, *art.* 373, défendent aux acquéreurs de faire aucune innovation ni amélioration sur l'héritage sujet au retrait, pendant le temps du retrait. Si, contre cette défense, les acquéreurs font des impenses non nécessaires, il est juste, quelque utiles qu'elles soient, de leur en dénier la répétition contre le retrayant, en punition de leur contravention à la loi. On ne peut pas, en ce cas, alléguer la règle qui dit que *Neminem æquum est locupletari cum alterius detrimento :* car cette règle ne peut être opposée par celui qui souffre la perte par sa faute, comme dans cette espèce et dans plusieurs autres; *putà*, dans le cas de la prescription.

332. Si le retrayant n'est pas obligé au remboursement des impenses ou voluptuaires, ou même utiles, qui n'étaient pas nécessaires, au moins doit-il permettre à l'acquéreur d'enlever ce qui peut être enlevé sans détérioration de l'héritage, à la charge par l'acquéreur de remettre les choses au même état qu'elles étaient, lors de son acquisition; car il ne fait, par là, aucun tort au retrayant. Par exemple, si un acquéreur avait mis des chambranles de marbre et des glaces aux cheminées de la maison dont on aura depuis exercé le retrait sur lui, il pourrait emporter ses chambranles de marbre et ses glaces, en remettant les anciens, et rétablissant ces cheminées en l'état qu'elles étaient : quelques Coutumes en ont les dispositions; Laon, *art.* 253; Château-Neuf, *art.* 89.

Cela n'est permis à l'acquéreur, qu'autant qu'il peut, par là, se dédommager en partie des impenses qu'il a faites : mais si, sans qu'il lui en revînt aucune utilité, il détruisait les améliorations qu'il a faites, uniquement *animo nocendi*, et pour empêcher le retrayant d'en profiter; comme s'il effaçait des peintures, s'il détruisait des plantations de charmilles, etc., il ne serait pas excusable, et il ne suffirait pas d'offrir de remettre les choses en l'état qu'elles étaient lors de son acquisition; il devrait être condamné aux dommages et intérêts du retrayant : *Neque enim malitiis indulgendum*, *l.* 38, ff. *de rei vindicat.*

333. Lorsque, par la clause d'un bail à rente rachetable, le preneur s'est obligé de faire certaines améliorations dans l'héritage, pour plus grande sûreté de la rente que le bailleur s'est retenue; *putà*, s'il s'est obligé de planter une certaine quantité de terres en vignes; le preneur, sur qui le retrait est exercé, qui n'a pas attendu, pour faire cette plantation, que le temps du retrait fût passé, n'en doit pas avoir, en cas de retrait, la répétition. Il ne peut opposer qu'il était obligé de la faire; car il pouvait la différer jusqu'à l'expiration du temps du retrait. Il ne peut pas, non plus, opposer que le retrayant, prenant le marché aux mêmes conditions que lui, aurait été pareillement obligé de faire cette plantation; que l'ayant faite à sa décharge, il en doit être remboursé; car cette obligation n'étant contractée que pour la sûreté de la rente, le retrayant peut s'en décharger en remboursant la rente.

Quid, si la clause du contrat portait que l'acquéreur serait tenu de faire cette amélioration incontinent et dans l'année? Il faudrait encore décider la même chose; car le bailleur n'ayant pas d'intérêt que ce soit précisément dans l'année que ces améliorations se fassent, cette clause doit être regardée comme faite en fraude du retrait, et par conséquent nulle.

334. Le principe, que l'acquéreur n'a pas la répétition des impenses utiles, souffre exception dans le cas du retrait de mi-denier. Voyez *infrà*, les raisons de cette exception.

Doit-il souffrir exception lorsque l'héritage a été vendu comme acquêt, et par conséquent non sujet au retrait; *putà*, lorsque, par le contrat de vente, il est dit que l'héritage appartient au vendeur par l'acquisition qu'il en a faite? La raison de douter est, qu'il semble, qu'en ce cas, l'acquéreur n'est pas en faute d'avoir fait ces impenses utiles, pendant le temps du retrait, puisqu'il avait sujet de croire que l'héritage n'y était pas sujet; conséquemment il ne doit pas perdre ces impenses, dont le retrayant profite, et il en doit être remboursé jusqu'à concurrence de ce que l'héritage s'en trouve plus précieux, suivant la règle, *Neminem æquum est locupletari cum alterius detrimento.* Nonobstant ces raisons, je pense qu'on ne doit pas même, en ce cas, accorder indistinctement à l'acquéreur la répétition de ces impenses. L'acquéreur est toujours en faute d'avoir ajouté foi trop légèrement à la déclaration du vendeur, et de ne s'être pas assuré de la vérité de cette déclaration, en se faisant représenter les titres : si l'on accordait indistinctement, en ce cas, la répétition, ce serait ouvrir une voie à la fraude, et rien ne serait plus facile que d'éluder la défense de la Coutume de faire aucune innovation pendant le temps du retrait, en faisant insérer dans le contrat, que l'héritage appartient au vendeur par l'acquisition qu'il en a faite. On doit donc décider, en ce cas, par les circonstances, et n'accorder à l'acquéreur la répétition de ces impenses, jusqu'à concurrence de ce que le retrayant en profite, que lorsqu'il paraît, par les circonstances, que l'acquéreur a eu un juste sujet d'ajouter foi à la déclaration du vendeur, et que l'insolvabilité du vendeur le prive du recours contre lui pour la réparation du tort qu'il souffre de la fausseté de la déclaration.

335. Les rachats volontaires que l'acheteur a faits des rentes foncières ou des droits de servitudes dont l'héritage était chargé, sont des espèces d'impenses utiles que le retrayant n'est pas, suivant notre principe, obligé de rembourser à l'acheteur, si ce n'est dans le cas auquel le retrayant serait obligé à ce rachat, quand même l'acheteur ne les eût pas remboursées, *suprà*, *n.* 300. Mais, dans le cas où le retrayant n'eût pas été obligé de les rembourser, l'acheteur peut au moins faire revivre à son profit la rente foncière qu'il a remboursée, et le retrayant ne peut se dispenser de la lui continuer. *Annotateurs de Duplessis, sur la fin du chapitre* 4.

Pareillement, lorsque l'acheteur a racheté, pour une certaine somme, un droit de servitude dont était chargée, envers une maison voisine, la maison qui a été depuis retirée, le retrayant n'est pas obligé de rendre cette somme à l'acquéreur, pour ce rachat que le retrayant eût pu se dispenser de faire, s'il eût mieux aimé souffrir la servitude. Mais, si le voisin voulait user de la servitude qui lui a été rachetée, et que le retrayant l'en empêchât, lui opposant le rachat qu'en a fait l'acquéreur sur qui le retrait a été exercé, ce serait, en ce cas, une approbation que le retrayant ferait de ce rachat, qui l'obligerait à rembourser à l'acquéreur le prix dudit rachat.

D'un autre côté, si le voisin usait de ce droit de servitude, sans que le retrayant l'en empêchât, l'acheteur pourrait répéter, de ce voisin, le prix du rachat, par l'action qu'on appelle en droit, *Condictio ob rem dati, re non secutâ.*

336. A l'égard des impenses, qui étaient nécessaires, l'acheteur, qui les a faites, en doit être remboursé par le retrayant.

Ces impenses nécessaires comprennent, non seulement les grosses réparations, mais celles de simple entretien, quand même l'acquéreur aurait perçu les fruits de l'héritage avant la demande en retrait, pourvu que ce ne soient pas celles qu'il a faites pour les fruits qu'il a perçus; car les réparations d'entretien sont bien chargés de la jouissance d'un héritage, mais d'une jouis-

sance durable, telle que celle d'un usufruitier, qui dure autant que sa vie, et non d'une jouissance momentanée, telle que celle de l'acquéreur, sujette au retrait.

Si néanmoins, dans les Coutumes où le temps du retrait ne court que du jour du port de foi, l'acquéreur, ayant tardé long-temps à la porter, le retrait n'eût été exercé qu'après un grand nombre d'années, *putà*, après quinze ou vingt ans; l'acquéreur, qui aurait eu la jouissance de l'héritage pendant un temps considérable, n'aurait pas la répétition des réparations d'entretien qu'il a faites pendant tout le temps de cette jouissance, ces réparations en étant des charges.

337. A l'égard des impenses faites pour faire venir ou pour recueillir des fruits de l'année, il n'est pas douteux qu'elles sont une charge de ces fruits, et à la charge de celui à qui ils doivent appartenir, soit de l'acquéreur, s'ils ont été perçus avant la demande, soit du retrayant, s'ils ont été perçus depuis.

338. Les impenses, qui étaient nécessaires, doivent être remboursées à l'acquéreur par le retrayant, quand même, au temps du retrait, elles ne subsisteraient plus, ayant été détruites par quelque cas fortuit : *putà*, si l'acquéreur a fait reconstruire le pignon d'une grange; quand même, au temps du retrait, cette impense n'existerait plus, la grange ayant été incendiée par le feu du ciel peu après cette réparation, l'acquéreur n'en devrait pas moins être remboursé; car, ayant eu un juste sujet de faire cette impense, il en doit être indemnisé; *Grimaudet*, VIII, 1.

339. L'acquéreur doit être remboursé de tout ce qu'il lui en a coûté pour les ouvrages nécessaires qu'il a fait faire, pourvu que, par une faute grossière et inexcusable, il n'ait pas payé aux marchands et ouvriers beaucoup plus qu'il ne fallait; car, en ce cas, il est juste qu'il ne soit remboursé que de ce que ces ouvrages lui auraient coûté, s'il eût été plus prudent.

L'acquéreur est cru de ces impenses sur les mémoires et quittances des ouvriers qui les ont faites, à moins que le retrayant n'offrît de prouver qu'elles sont supposées.

Pour éviter les contestations sur ce sujet, il est de la prudence de l'acquéreur, lorsque les réparations nécessaires, qui sont à faire, sont considérables, de les faire préalablement visiter et estimer par un expert, qui sera nommé d'office par le juge, sur la requête de l'acquéreur.

340. Au reste, quoique le retrayant eût des moyens personnels pour faire ces ouvrages à meilleur compte, si on les lui eût laissé faire, il ne laisse pas d'être tenu de rembourser tout ce qu'il en a coûté à l'acquéreur qui les a fait faire, et qui n'avait pas les mêmes ressources; à moins qu'il ne parût que cet acquéreur eût affecté de se dépêcher de faire lui-même ces ouvrages, nécessaires à la vérité, mais non urgens, afin qu'il en coûtât davantage au retrayant, car, en ce cas, il y a fraude, et l'acquéreur ne doit être, en ce cas, remboursé que de ce qu'il en aurait coûté au retrayant.

ARTICLE V.

De ce qui doit être remboursé lorsque le retrait s'exerce sur un tiers.

341. Lorsque j'ai acheté un héritage sujet à retrait, que j'ai peu après, dans le temps du retrait, revendu à Pierre; l'action en retrait, que le lignager de mon vendeur exerce contre Pierre, est la même action qu'il a droit d'exercer contre moi, dont Pierre est tenu comme possesseur de l'héritage qui y est affecté.

De là il suit, qu'il est obligé de rembourser à Pierre tout ce qu'il serait obligé de me rembourser, si c'était contre moi qu'il exerçât le retrait. C'est pourquoi, si j'ai revendu à Pierre l'héritage plus ou moins qu'il ne m'a coûté, ce n'est pas le prix, pour lequel Pierre l'a acquis de moi, mais c'est celui, pour lequel je l'ai acheté, que le lignager doit lui rembourser. Pareillement, ce sont les loyaux coûts de mon acquisition, et non pas ceux de l'acquisition de Pierre, qu'il est obligé de rembourser à Pierre.

A l'égard des impenses nécessaires faites sur l'héritage, il est obligé de rembourser tant celles que j'ai faites, que celles qui ont été faites par Pierre.

342. Ces principes donnent lieu à la question suivante. Si j'ai vendu l'héritage sujet au retrait à Pierre, pour un prix plus fort que celui pour lequel je l'avais acheté, *putà*, si je le lui ai vendu 10,000 liv., quoique je ne l'eusse acheté que 8,000 liv.; Pierre, qui ne recevra du retrayant que 8,000 liv., aura-t-il droit de répéter de moi les 2,000 liv. qu'il m'a payées de plus? Oui; il a à cet effet l'action qu'on appelle *Condictio sine causâ*; l'acquisition, que j'avais faite de l'héritage que je lui ai vendu, ayant été détruite en ma personne, et transférée en celle du retrayant, la vente, que je lui en avais faite, est détruite, n'ayant pas eu le droit de le lui vendre, et par conséquent je ne puis pas en retenir le prix. Plusieurs Coutumes en ont des dispositions; Anjou, 400; Maine, 411; Bourbonnais, 460, et autres.

Grimaudet, III, 1, pense que cette décision n'a pas lieu, lorsque l'acheteur savait que la chose était sujette au retrait; mais les raisons, qu'on vient de rapporter, prouvent que, même en ce cas, elle a lieu, à moins que, par la vente que j'ai faite à Pierre, il ne se fût chargé expres-

sément du risque du retrait qui pouvait être exercé sur celle qui m'avait été faite.

343. *Contrà vice versâ*, si j'ai vendu à Pierre 8,000 liv. l'héritage sujet au retrait, que j'avais acheté 10,000 liv., je ne pourrais pas répéter de Pierre, sur qui le retrait en a été exercé, les 2,000 liv. qu'il a reçues du retrayant, de plus que le prix pour lequel il avait acheté de moi l'héritage; car, en lui vendant l'héritage, je lui ai vendu tous les droits que j'avais par rapport à cet héritage, et par conséquent le droit que j'avais d'exiger, en cas de retrait, le remboursement du prix de 10,000 liv., pour lequel l'héritage m'avait été vendu : le retrait a donné ouverture à ce droit, bien loin de détruire l'acquisition que Pierre en a faite.

Par la même raison, lorsque le lignager de mon vendeur a exercé le retrait sur celui à qui j'avais fait donation de l'héritage, je ne pourrai pas répéter de mon donataire les sommes qui lui ont été remboursées par le retrayant; car, en lui donnant l'héritage, je suis censé lui avoir donné les droits que j'avais par rapport à cet héritage.

344. Dans les Coutumes, qui accordent au lignager le plus proche la préférence, pour le retrait, sur le lignager plus éloigné qui a prévenu le lignager plus proche, pour avoir cette préférence sur le plus éloigné, est-il obligé de le rembourser de ses frais? Château-Neuf, 77; Chartres, 68, etc., décident pour l'affirmative. Notre Coutume d'Orléans, *art.* 478, peut aussi être tirée en argument pour ce sentiment. Lorsque la Coutume ne s'en est pas expliquée, la question souffre difficulté.

On peut dire, en faveur du remboursement des frais du premier retrait, que les Coutumes sus-mentionnées qui l'ordonnent, quoiqu'elles ne fassent pas de loi hors de leur territoire, peuvent néanmoins servir de préjugé et de motif pour se décider dans les Coutumes qui ne s'en sont pas expliquées. Au contraire, on peut dire, pour le sentiment opposé, que le lignager, qui exerce le retrait, doit bien être tenu de tous les loyaux coûts de l'acquisition faite par l'acheteur étranger, puisqu'il est, par le retrait, subrogé à cette acquisition; mais il ne doit pas être tenu des frais du retrait du parent plus éloigné; car c'est de son chef qu'il exerce le retrait, et il n'est pas subrogé au retrait du lignager plus éloigné qui l'a prévenu : ce lignager plus éloigné, qui n'avait le droit de retrait qu'à son défaut, s'il n'eût pas voulu l'exercer, et non à son préjudice, n'a pas pu, en l'exerçant, rendre plus onéreuse sa condition. C'est le raisonnement de Chassanée sur la Coutume de Bourg. Il dit que *Remotior non potest, per suum retractum, deteriorem facere conditionem proximioris, augendo pretium impensarum :* d'où il conclut que, lorsqu'il a prévenu, il ne peut prétendre le remboursement de ses frais, *nisi priùs interpellâsset proximiorem ut retraheret.* Si, dans les Coutumes ci-dessus mentionnées, le retrayant le plus prochain est tenu de rembourser les frais du premier retrait, c'est qu'elles ne lui accordent la préférence que sous cette condition : elles ont voulu engager un plus grand nombre de lignagers à exercer le retrait, et que les plus éloignés ne fussent point détournés de l'exercer, par la crainte de perdre leurs frais, en cas que les plus proches se présentassent. Mais, lorsque la loi n'a pas apposé cette condition à la préférence qu'elle accorde aux lignagers plus prochains, il n'y a aucune raison pour les obliger au remboursement de ces frais.

345. Lorsque le lignager exerce le retrait sur le seigneur, qui a exercé le retrait féodal, il y a pareillement lieu à la question, s'il est obligé de rendre au seigneur les frais qu'il a faits pour le retrait féodal. J'aurais de la peine à le croire par les raisons ci-dessus exposées.

ARTICLE VI.

§ I. DANS QUEL TEMPS LE RETRAYANT DOIT-IL REMBOURSER L'ACQUÉREUR?

346. Il y a une distinction à faire entre le prix de la vente et des autres choses dont le remboursement est dû à l'acquéreur par le retrayant.

A l'égard du prix de la vente, les Coutumes ont prescrit un terme fatal, dans lequel le retrayant est tenu de rembourser à l'acquéreur le prix qui a été payé; ou sur son refus, le consigner, et dans lequel il est tenu de lui rapporter quittance ou décharge de celui qui restait à payer; à faute, par le retrayant, d'y satisfaire dans le terme fatal, il est, aussitôt après l'expiration de ce terme, déchu de plein droit du retrait.

Ce terme est différemment réglé par les Coutumes. Paris, 136; Orléans, 370; et la plupart des Coutumes n'accordent qu'un temps de vingt-quatre heures; quelques Coutumes néanmoins accordent un terme un peu plus long. Sens, 65, accorde trois jours; Lille, sept; Blois, *art.* 196, Poitou, Anjou, le Maine, la Rochelle, Saintonge, Bordeaux, Amiens, en accordent huit; Acqs, neuf; la Marche et Bretagne en accordent quinze; la Coutume de Nevers, *tit.* 31, *art.* 5, en donne vingt.

347. Lorsqu'il n'est pas possible au retrayant de satisfaire, dans le terme prescrit par la Coutume, *putà*, à cause de l'éloignement du domicile de l'acquéreur, ou pour quelque autre raison; comme aucune loi ne peut obliger à l'impossible, le retrayant peut, en ce cas, obtenir

du juge un terme un peu plus long. Notre Coutume d'Orléans, *art.* 371, en a une disposition, laquelle, à cause de son équité, doit être suivie dans les Coutumes qui ne s'en sont pas expliquées. Mais le juge ne peut accorder, sans une juste cause, cette prorogation; sinon l'acquéreur serait en droit d'appeler du jugement qui l'aurait accordée; auquel cas les offres et consignations, faites par le retrayant hors du temps de la Coutume, mais dans le temps de cette prorogation, seraient déclarées nulles, et le retrayant déchu de son retrait.

348. Les Coutumes varient aussi sur le terme d'où doit commencer à courir le temps fatal accordé pour le remboursement du prix. Les unes le font courir depuis la sentence d'adjudication du retrait; d'autres ajoutent, ou depuis la reconnaissance du retrait faite par l'acquéreur; d'autres ne le font courir que du jour de la signification de la sentence; d'autres, seulement du jour du délai de l'héritage fait par l'acquéreur : plusieurs veulent de plus que, pour que le temps puisse commencer à courir, l'acquéreur ait mis au greffe son contrat d'acquisition : plusieurs veulent de plus qu'il ait affirmé en jugement la vérité du prix.

349. Les choses, que les différentes Coutumes ordonnent de faire pour que le temps de l'exécution du retrait puisse courir, doivent se faire en quelque espèce de vente que ce soit, et à l'égard de tous les retrayans, quels qu'ils soient. Par exemple, dans les Coutumes qui requièrent, pour faire courir ce temps, l'affirmation de la sincérité du contrat, cette affirmation doit se faire, même dans le cas de vente et d'adjudication par décret, et même vis-à-vis des retrayans qui auraient assisté au contrat; car, quoique ces Coutumes, en établissant la formalité de cette affirmation, aient eu en vue d'empêcher les fraudes qui pourraient se commettre dans le prix du contrat, et que ces fraudes ne soient pas à craindre dans des ventes publiques, et vis-à-vis d'un retrayant qui a été présent à tout le contrat; néanmoins les Coutumes ayant prescrit cette affirmation comme une formalité, et en ayant fait une loi générale, il ne peut plus être permis, dans ces Coutumes, en quelque cas que ce soit, de s'en dispenser, parce qu'on ne peut en aucun cas, dans les matières de rigueur, omettre impunément ce qui est de formalité.

350. Sur les différentes choses, que les différentes Coutumes prescrivent pour faire courir le retrait, nous ne nous arrêterons qu'à celles de Paris et d'Orléans.

Celle de Paris, *art.* 136, dit que le retrayant est tenu de payer ou consigner, dans les vingt-quatre heures après le retrait adjugé par sentence, et que l'acheteur aura mis ses lettres au greffe, partie présente ou dûment appelée, et outre qu'il aura affirmé le prix, s'il en est requis.

351. Il résulte de ce texte, que, dans la Coutume de Paris, pour que le temps fatal des vingt-quatre heures commence à courir, il faut le concours de deux choses, et quelquefois de trois.

1° Il faut qu'il y ait eu une sentence qui ait adjugé le retrait, ce qui résulte de ces termes, *après le retrait adjugé par sentence.*

De là il suit que, si, sur la demande en retrait, l'acquéreur avait fait signifier au retrayant un acte par lequel il lui déclarerait qu'il reconnaît le retrait, et offre de lui délaisser l'héritage, le temps des vingt-quatre heures ne courrait pas du jour de la signification de cet acte; l'acquéreur ne pourrait le faire courir qu'en faisant rendre une sentence contradictoirement ou par défaut, qui décréterait ses offres.

352. Lorsque la sentence d'adjudication de retrait a été prononcée à l'audience contradictoirement, et que les autres conditions ont été auparavant remplies, le temps des vingt-quatre heures paraîtrait devoir courir dès l'instant de la prononciation; mais, comme il ne serait pas facile de l'estimer, on doit compter seulement depuis l'heure à laquelle le temps de l'audience a coutume de finir.

Lorsque la sentence a été rendue par défaut, les sentences par défaut n'ayant d'effet que depuis leur signification, le temps des vingt-quatre heures ne peut commencer à courir que depuis la signification : il en est de même, lorsque la sentence a été rendue en procès par écrit.

Si l'heure, à laquelle la signification a été faite, n'a pas été exprimée par l'acte de signification, le temps des vingt-quatre heures ne courra que depuis l'heure à laquelle le soleil se couche ce jour-là, l'acte ayant pu se faire jusqu'au coucher du soleil.

353. Si, dans le temps des vingt-quatre heures, l'acquéreur a appelé de la sentence, je ne pense pas que le délai, pour satisfaire à la sentence, doive courir. Quelques Coutumes, comme Reims, *art.* 202, Laon, 236, le décident ainsi. En effet, l'acquéreur ne paraît pas recevable à opposer que le retrayant n'a pas, dans le délai, satisfait aux charges de la sentence d'adjudication du retrait, pendant que c'est cet acquéreur qui, par son appel, et par conséquent par son fait, l'en a empêché; il est, au reste, plus sûr de faire les offres nonobstant l'appel.

354. 2° Pour que le temps des vingt-quatre heures coure dans la Coutume de Paris, il faut que l'acquéreur ait déposé son contrat d'acquisition au greffe, afin que le retrayant puisse en prendre communication, et savoir le prix qu'il doit rembourser. C'est pourquoi, si ce dépôt

n'était pas encore fait, lors de la sentence d'adjudication du retrait, le temps des vingt-quatre heures ne courra que depuis le jour et l'heure que ce dépôt aura été fait; et, si l'heure n'est pas exprimée par l'acte de dépôt, il ne courra que depuis la dernière heure du jour auquel le dépôt a été fait, ne pouvant pas, faute de l'expression de l'heure, y avoir de preuve qu'il ait été fait plus tôt qu'à cette dernière heure.

355. L'acquéreur n'est pas dispensé de ce dépôt, quand même, dans le cours de l'instance, il aurait donné copie de son contrat, ou l'aurait produit; *les annotateurs de Duplessis, chap.* 3, *sect.* 2.

356. La Coutume de Paris dit que ce dépôt doit être fait *partie présente et dûment appelée :* il suffit de l'appeler par acte signifié au domicile de son procureur; *Duplessis, chap.* 3, *sect.* 2. Si le dépôt avait été fait hors de la présence du retrayant, et sans qu'il eût été appelé, il faudrait, pour que le temps pût courir, lui dénoncer par écrit que le dépôt du contrat a été fait au greffe, et qu'il est sommé d'en prendre communication.

Cela doit être observé même dans les Coutumes qui disent simplement que le temps court depuis le dépôt du contrat au greffe; sans ajouter *partie présente ou appelée :* il est évident qu'ils doivent se suppléer; car en vain l'acquéreur ferait-il ce dépôt au greffe, si le retrayant, pour qui il se fait, n'en était pas averti.

357. La Coutume de Paris demandant en troisième lieu, pour faire courir le temps des vingt-quatre heures, que l'acquéreur ait affirmé, devant le juge, la sincérité du prix de son acquisition, *s'il en est requis;* il s'ensuit que, s'il en a été requis, le temps des vingt-quatre heures ne pourra courir que du jour et de l'heure qu'il aura fait devant le juge cette affirmation, en présence du retrayant; et, si elle a été faite en son absence, depuis le jour et l'heure qu'elle aura été signifiée. Si l'heure n'est pas exprimée par l'acte d'affirmation ou de signification, il ne pourra courir que depuis la dernière heure de ce jour.

Mais, la Coutume n'exigeant cette affirmation, pour faire courir le temps des vingt-quatre heures, que lorsque l'acquéreur en a été requis; s'il ne l'a pas été avant ou lors de la sentence, le temps des vingt-quatre heures ne laissera pas de courir, de s'accomplir, et d'emporter la déchéance du retrait, quoique cette affirmation n'ait pas été faite.

358. Quoique le temps des vingt-quatre heures, accordé pour l'exécution du retrait, ne coure pas, tant que l'acquéreur n'a pas déposé son contrat au greffe, néanmoins Brodeau, sur ledit article, dit que le retrayant doit poursuivre l'acquéreur, et que, s'il a laissé passer l'an et le jour depuis la sentence adjudicative du retrait, sans poursuivre l'acquéreur pour mettre son contrat au greffe, il doit être déclaré déchu du retrait. Il ajoute qu'il en doit être de même si le retrayant ayant, depuis la sentence du retrait, assigné l'acquéreur pour mettre son contrat au greffe, il a laissé tomber cette assignation en péremption : il rapporte un arrêt du 26 novembre 1636, qui l'a ainsi jugé sur sa plaidoirie. Les annotateurs de Duplessis, de l'édition de 1699, *Traité des Retraits, ch.* 3, *sect.* 2, rapportent cette opinion de Brodeau, et pensent qu'elle est suffisamment autorisée par cet arrêt, pour devoir passer en maxime. La seule raison, sur laquelle on appuie cette décision, est qu'en une matière aussi rigoureuse que celle du retrait, le temps de l'exécution de la sentence ne doit pas être de plus longue durée que celui de l'action sur laquelle elle est intervenue.

Ce prétendu principe, que Brodeau allègue pour le fondement de son opinion, est précisément ce qui est en contestation; l'action *judicati*, qui naît de toutes les sentences, est une action ordinaire, dont la durée est de trente ans. Aucune loi n'a fait, à cet égard, de distinction entre les sentences rendues sur des actions annales, et celles rendues sur des actions ordinaires. L'acquéreur ne peut opposer au retrayant, que le retrayant a été en demeure de satisfaire au remboursement, que la Coutume et la sentence adjudicative du retrait l'obligent de faire, pendant que cet acquéreur est lui-même en demeure de faire le dépôt de son contrat, que la Coutume l'oblige de faire : *Mora debitoris purgatur per moram creditoris; nec potest intelligi in morâ debiter, quandiù ipse creditor est in morâ.*

359. Notre Coutume d'Orléans s'est exprimée différemment de celle de Paris : elle dit simplement, *art.* 270 : *Dedans vingt-quatre heures que le retrait est adjugé ou reconnu, faut payer, etc.* Il résulte de ces termes *ou reconnu*, ajoutés lors de la réformation, qu'on pensait autrefois que, dans notre Coutume d'Orléans, le temps des vingt-quatre heures courait dès l'instant de la signification de l'acte de reconnaissance du retrait, faite par l'acquéreur au retrayant, sans qu'il fût besoin de faire rendre une sentence qui décrétât les offres de l'acquéreur; et c'était encore le sentiment de Lalande, en son commentaire sur cet article. Mais, depuis, il s'est pratiqué d'obtenir une sentence qui donnât acte de la reconnaissance du retrait, et de ne faire courir le temps des vingt-quatre heures que depuis cette sentence; ce qui a été établi pour empêcher les fraudes des acquéreurs qui cherchaient à faire des significations de

reconnaissance de retrait, dont le retrayant n'eût pas de connaissance assez à temps, soit en prenant le temps de son absence, soit en se servant quelquefois de voies encore plus criminelles.

360. Notre Coutume d'Orléans n'exige point, comme celle de Paris, pour faire courir le temps des vingt-quatre heures, que l'acquéreur ait déposé son contrat au greffe. C'est pourquoi, dans notre Coutume, si l'acquéreur n'a pas été requis, par le retrayant, de faire ce dépôt, le temps des vingt-quatre heures court depuis l'adjudication du retrait, et emportera déchéance du retrait, quoique ce dépôt n'ait pas été fait. Mais, quoique notre Coutume d'Orléans ne se soit pas expliquée sur ce dépôt, si le retrayant a demandé ce dépôt du contrat au greffe, pour en avoir communication, tant que l'acquéreur ne satisfait pas à cette réquisition, le temps des vingt-quatre heures ne peut courir contre le retrayant; car, en ce cas, c'est par le fait et la demeure de l'acquéreur que le retrayant ne satisfait pas à son obligation; le retrayant ne pouvant pas rembourser, s'il ne sait pas quel est le prix qu'il doit rembourser.

361. Lorsque l'acquéreur est en demeure d'exhiber son contrat, en ayant été requis, non-seulement le temps pour l'exécution du retrait ne court pas; mais, si le retrayant veut aller en avant, il peut poursuivre l'acquéreur pour cette exhibition, et faire ordonner que, faute par l'acquéreur de faire cette exhibition, il sera permis au retrayant de consigner une certaine somme, sauf à parfaire par la suite; et, après cette consignation, il peut se faire délaisser l'héritage, comme s'il avait entièrement satisfait. C'est l'avis de Vaslin, qui est très-judicieux.

362. Lorsque le retrait n'a été exercé que pour une partie des héritages compris au contrat, et, qu'en conséquence, il y a une ventilation à faire de la partie du prix qui doit être remboursée à l'acquéreur, il est évident que le temps, pour l'exécution du retrait, ne peut courir jusqu'à ce que la ventilation ait été faite, puisque le retrayant ne peut savoir plus tôt la somme qu'il doit rembourser; *arrêt de 1640, cité par Brodeau, sur l'art. 135.*

363. Le temps de vingt-quatre heures, de même que celui de trois jours, de huitaine, de quinzaine, etc., est un temps qui n'est pas un temps utile, mais continu; les heures de la nuit y sont comprises.

364. Pareillement, quoique le temps de vingt-quatre heures tombe dans un jour de fête, il n'est pas prolongé, quand même le retrayant serait un prêtre occupé au service divin; mais les actes nécessaires pour l'exécution du retrait, tels que la sommation pour recevoir, et la consignation, peuvent se faire ce jour de fête; *Duplessis et ses annotateurs, ch. 3, sect. 2.*

365. Enfin, ce temps est un temps fatal; c'est-à-dire que, si le lignager n'a pas, dans l'espace de ce temps, satisfait, il est, par le laps de ce temps, déchu entièrement du retrait, sans qu'il puisse être reçu dès le lendemain à purger sa demeure.

366. Il nous reste une question, qui est de savoir si le temps, fixé par les Coutumes pour l'exécution du retrait, doit se compter *de momento ad momentum.* Il n'y a pas lieu à cette question dans nos Coutumes de Paris et d'Orléans, et autres, qui n'accordent pour l'exécution du retrait qu'un temps de vingt-quatre heures : ce temps étant d'un certain nombre d'heures, il ne peut être douteux qu'en le doit compter *de momento ad momentum.* Il y a plus de difficulté à l'égard des Coutumes qui accordent un certain nombre de jours, telles que celles de Blois et de La Rochelle, qui accordent huit jours. Vaslin, sur la Coutume de La Rochelle, *art.* 34, atteste que ce temps se compte pareillement *de momento ad momentum*, et que le retrayant n'a pas huit jours francs, non compris le jour du terme d'où ils doivent courir, mais huit jours, ou huit fois vingt-quatre heures, à compter depuis l'heure du terme d'où ce temps doit courir. Par exemple, dans sa Coutume de La Rochelle, qui fait courir la huitaine *après que l'acheteur aura exhibé ses contrats, et iceux affirmé;* si l'acheteur a fait cette affirmation à l'audience du premier juin, la huitaine courra depuis l'heure à laquelle lève cette audience, et le retrayant ne sera à temps d'exécuter son retrait que jusqu'à pareille heure du neuf de juin, et non pas pendant tout ledit jour neuf. Il se fonde sur ce que la Coutume ne dit pas qu'elle donne *huitaine après le jour de l'exhibition et affirmation;* mais elle dit, *huitaine après qu'il aura été exhibé et affirmé.*

A plus forte raison, l'on doit décider que si le jour intercalaire d'une année bissextile se rencontre dans les huit jours, il sera compté; *Grimoudet*, IX, 22.

§ II. DANS QUEL TEMPS SE DOIT FAIRE LE REMBOURSEMENT DES LOYAUX COUTS ET MISES.

367. Ce n'est qu'à l'égard du prix que la Coutume de Paris a prescrit un temps fatal; elle n'en a prescrit aucun pour le remboursement des loyaux coûts et impenses. C'est ce qui résulte de l'*art.* 136 de la Coutume de Paris : il est dit que le retrayant doit *rembourser l'acheteur* des deniers *qu'il a payés au vendeur par l'achat, ou consigner... et ce dedans vingt-quatre heures, etc.* Il n'y est parlé que du prix de l'achat, il n'y est pas dit un mot *des loyaux coûts et mises :* d'où

il paraît suivre que, dans la Coutume de Paris, il n'y a aucun temps fatal pour le remboursement des loyaux coûts et mises, sans qu'il y ait même lieu à distinguer entre ceux des loyaux coûts qui se trouvent liquides au temps de l'adjudication du retrait, et ceux qui ne le sont pas.

368. Notre Coutume d'Orléans s'est exprimée différemment : elle dit, *article* 370, que, dans les vingt-quatre heures, faut payer et rembourser l'acheteur *de son principal, loyaux coûts et mises qui se trouveraient clairs et liquides, en faisant l'adjudication du retrait*. D'où il semble suivre que, dans notre Coutume d'Orléans, le remboursement des loyaux coûts, qui se trouvent liquides, au moins ceux qui se trouvent l'être par les reçus qui se voient à la fin du contrat, tels que les droits de contrôle, insinuation, etc., les pots-de-vin et épingles exprimés au contrat, ne doivent pas moins être remboursés dans le temps fatal que le prix.

369. Le temps, pour le remboursement des loyaux coûts, surtout de ceux qui ne sont pas liquides, n'étant pas fixé par la loi, l'acquéreur, après que la liquidation en aura été faite, doit obtenir sentence qui condamne le retrayant à les rembourser dans un temps qui est laissé à l'arbitrage du juge, mais qui doit être très court; et, si le retrayant ne satisfait pas, dans ce temps qui lui est prescrit par la sentence, ce temps n'étant pas, comme celui qui est prononcé par les Coutumes, un temps fatal, l'acquéreur doit poursuivre le retrayant pour faire ordonner, par une seconde sentence, que, faute par le retrayant d'avoir satisfait à la première, il demeurera déchu du retrait; et, jusqu'à ce que cette déchéance soit prononcée, il est toujours à temps de satisfaire, en payant les dépens.

ARTICLE VII.

Des offres et de la consignation que le retrayant est obligé de faire en cas de refus par l'acquéreur de recevoir, ou lorsqu'il n'est pas trouvé chez lui.

370. Lorsque l'acquéreur a refusé de recevoir le remboursement du prix de son acquisition, que lui a offert le retrayant, ou lorsque cet acquéreur n'a pas été trouvé chez lui, le retrayant est obligé, dans le temps fatal, de faire constater ses offres par un procès-verbal fait par un huissier assisté de deux témoins, et de consigner.

Duplessis, *chap.* 5, *sect.* 2, veut que ces offres soient attestées par deux notaires, ou un notaire et deux témoins. Cela ne se pratique pas dans notre province. L'huissier, qui fait la sommation de recevoir, étant un officier public, paraît pouvoir constater les offres, sans qu'il soit besoin de se faire assister d'un notaire; cela ne sert qu'à multiplier les frais.

371. Pour que ces offres soient valables, il faut que quatre choses concourent. 1° Il faut que ces offres soient faites au vrai domicile de l'acquéreur; ou, si l'acquéreur est un mineur ou un interdit, au domicile de son tuteur ou curateur. Il ne suffirait pas de les faire à domicile de procureur; car un procureur *ad lites* n'a pas pouvoir de recevoir.

Elles peuvent aussi être faites en quelque endroit que ce soit, à la personne de l'acquéreur, pourvu que, par lesdites offres, le retrayant, ou autre pour lui, offre à l'acquéreur de le suivre, et de lui porter l'argent en sa maison ou autre lieu qu'il indiquera pour le recevoir; car cet acquéreur n'est pas obligé de le recevoir ailleurs que chez lui. On doit néanmoins avoir égard aux circonstances. Si la somme, qui doit être remboursée, était une somme modique, *putà*, de 120 liv., les offres, que je fais ici, de cette somme en cinq louis d'or à l'acquéreur trouvé dans son auberge, sont valables; et ce serait, de sa part, une chicane de prétendre que je devrais offrir de lui porter au lieu de son domicile, à quatre ou cinq lieues d'ici, cette somme qu'il pouvait recevoir sans aucune incommodité ni danger.

372. 2° Ces offres doivent être faites en espèces qui aient cours au temps et au lieu où elles se font. C'est pourquoi les offres, qui seraient faites à Paris, de payer en florins de Hollande ou en pistoles d'Espagne, ne seraient pas valables.

373. Il n'est pas, au reste, nécessaire que le retrayant offre de rembourser l'acquéreur dans les mêmes espèces précisément dans lesquelles il a payé. Par exemple, les offres de rembourser en écus de six et de trois livres sont valables, quoique l'acquéreur ait payé en louis d'or, *et vice versâ*.

374. Pareillement, lorsque les espèces ont été diminuées ou augmentées, dans le temps intermédiaire entre le temps du paiement fait par l'acheteur au vendeur, et celui des offres de remboursement faites par le retrayant à cet acheteur; ce n'est pas le même nombre d'espèces que l'acheteur a payées, mais la même somme que le retrayant doit lui offrir. La raison est que les pièces de monnaie ne sont que des signes, et qu'on n'y considère autre chose que la valeur qu'il plaît au roi de leur faire signifier.

Cette décision est constante dans l'usage, quoiqu'elle puisse être combattue par des raisons assez puissantes; car l'acquéreur, qu'on rembourse après une augmentation survenue sur les espèces, ne se trouve pas indemne, puisque, s'il n'eût pas acquis l'héritage qu'on lui retire, ou il eût profité de l'augmentation survenue sur les espèces, s'il eût gardé son argent, ou il au-

rait acquis d'autres héritages à meilleur compte qu'il ne les achètera, l'augmentation sur les espèces faisant augmenter à proportion le prix des héritages.

375. Les offres de remettre la quittance nu la décharge du vendeur pour le prix qui reste à payer, tiennent lieu d'offres en espèces.

376. On a mis en question si les offres, que fait le retrayant, de compenser une somme liquide que l'acquéreur lui doit, tiennent pareillement lieu d'offres en espèces.

Duplessis, *ibid., pag.* 281 *de l'édition de* 1699, et plusieurs autres auteurs tiennent la négative. La raison de leur opinion est, que ce qui est prescrit par les Coutumes, surtout en matière de rigueur, telle qu'est la matière du retrait lignager, doit s'accomplir littéralement; d'où ils concluent que le remboursement du prix qui est prescrit par les Coutumes, pour effectuer le retrait, ne peut s'accomplir par la compensation, qui n'est qu'un remboursement fictif.

Dumoulin, *in Cons. Par.* § 20, *gl.* 7, *n.* 10, nonobstant ces raisons qu'il s'oppose comme raisons de douter, pense au contraire que le retrayant satisfait aux conditions du retrait par cette compensation, aussi bien que par un paiement réel fait en espèces; cette compensation étant, quant à l'effet, un vrai paiement, qui procure autant à celui à qui il est fait, qu'un paiement qui lui serait fait en espèces : car lorsque, par la compensation qui m'est offerte par le retrayant, je reçois la libération d'une somme de 1,000 l. que je dois au retrayant, je reçois précisément la même chose que je recevrais s'il me comptait cette somme en espèces; puisque, dans l'un et dans l'autre cas, je reçois une valeur de 1,000 liv., et que, dans la monnaie, on ne considère autre chose que la valeur que les espèces signifient. En vain opposerait-on que cette décision, que donne Dumoulin, pour le cas du retrait féodal, ne doit pas avoir lieu dans le cas du retrait lignager, qui est plus de rigueur; car Dumoulin, dans cet endroit, dit que la compensation est comprise sous le terme de paiement, même en matière de rigueur : *In eâ compensatione verificatur statutum vel alia dispositio* STRICTA, *loquens de verâ solutione, quia est eadem ratio et omninò idem effectus.* Grimaudet, VIII, 8, après avoir rapporté les deux opinions, dit que celle de Dumoulin n'est pas sûre, et il conseille au retrayant de ne la pas suivre. Son conseil est fort bon; mais lorsqu'un retrayant ne l'a pas suivi, et s'est contenté d'offrir la compensation, je crois avec Dumoulin ses offres valables.

377. Tiraqueau va plus loin, et il dit que, si la somme de l'acquéreur, due au retrayant, égale celle que le retrayant lui doit rembourser, la compensation se faisant, en ce cas, de plein droit, *l. fin., Cod. de compens.*, il n'est pas nécessaire, en ce cas, que le retrayant fasse des offres : il est néanmoins plus sûr d'offrir la compensation.

378. 3° Les offres doivent être réelles, et en conséquence le procès-verbal d'offres doit contenir l'énumérotion des espèces, dans lesquelles la somme est offerte, la qualité desdites espèces, et il doit faire mention de l'exhibition qui en a été faite; *Duplessis, ibid., et les notes marginales.*

379. 4° Enfin les offres doivent être intégrales; pour peu qu'il manque, dans les espèces offertes, pour faire la somme qui doit être remboursée à l'acheteur, les offres sont nulles. Néanmoins Grimaudet, VII, 9, pense qu'on ne devrait pas déclarer les offres nulles, si ce qui manquait était de nulle considération, comme s'il ne manquait qu'un sou; mais cette décision n'est pas sûre, et il ne la regarde pas lui-même comme telle. La maxime, *Parùm pro nihilo reputatur,* n'a pas lieu en une matière de rigueur, telle qu'est celle du retrait.

380. La consignation de la somme totale ne rétablirait pas ce défaut des offres; car il ne suffit pas de consigner, si l'on n'a offert. La consignation n'est pas valable, si elle n'a pas été précédée d'offres valables.

381. Lorsque le retrait a été adjugé à deux, les offres, que chacun d'eux ferait séparément de rembourser sa part du prix qui doit être remboursé à l'acheteur, ne seraient pas valables; car l'acheteur n'est pas obligé de recevoir ce remboursement par parties.

Quid, si l'un des deux retrayans avait offert la moitié du prix, et, sur le refus de l'acheteur, l'avait consignée, les offres de l'autre retrayant, par lesquelles il déclarerait qu'il offre une telle somme, pour sa moitié, faisant avec celle qui a été précédemment offerte par son coretrayant, et qui est consignée, le total du prix qui doit être remboursé à l'acheteur, seraient-elles des offres valables? Non; car l'acheteur n'est pas obligé de recevoir le prix, si on ne lui porte la somme entière chez lui : il n'est obligé d'aller retirer ce prix des consignations, que lorsque la consignation a été verbalement faite, après des offres valables qui l'aient mis en demeure de recevoir. Mais, dans cette espèce, la consignation, qui a été faite de la moitié du prix, n'est pas valable; les offres, qui lui avaient été faites de lui payer cette moitié, n'étaient pas valables, et ne l'ont pas mis en demeure.

382. Si l'un des retrayans a remboursé le total à l'acheteur, ou l'a consigné après des offres valablement faites, son coretrayant n'a aucunes offres à faire à l'acheteur, qui se trouve entière-

ment payé. Mais est-il tenu, à peine de déchéance du retrait, de payer à son coretrayant, qui a payé le total, la moitié du prix qu'il a avancé pour lui, ou de la consigner dans le temps fatal? Je ne croirais pas qu'il dût être sujet, pour ce remboursement, au terme fatal, qui n'a été établi qu'en faveur de l'acquéreur, et non en faveur de ce retrayant qui a payé le total. Vaslin, sur l'article 20 de La Rochelle, est d'avis contraire : il dit que celui des retrayans, qui a payé le total, est devenu, par ce paiement, aux droits de l'acquéreur, et qu'il peut, par conséquent, opposer les mêmes exceptions que l'acquéreur aurait pu opposer au retrayant qui ne s'est pas présenté dans le terme fatal; et il cite, pour son opinion, Ferrière et Carondas. La réponse est, que le droit, qu'avait l'acquéreur d'obtenir la déchéance du retrait, faute d'être remboursé dans le terme fatal, est un droit qui lui était personnel, attaché à sa qualité *d'acquéreur sur qui on exerce le retrait;* ce droit n'a pas pu passer au retrayant qui a remboursé le total du prix à cet acquéreur.

383. Les offres doivent être suivies d'une consignation, que le retrayant doit faire dans le temps fatal des vingt-quatre heures, accordé pour l'exécution du retrait : le retrayant ne satisferait pas aux Coutumes par les seules offres; car elles ont bien l'effet de constituer l'acquéreur en demeure de recevoir, mais il n'y a que la consignation qui équipolle au paiement; et les Coutumes ordonnent au retrayant *de payer*, à peine de déchéance; *Paris, art.* 136; *Orléans, art.* 270.

384. La consignation seule ne suffirait pas non plus; car elle n'est admise qu'à défaut par l'acquéreur de recevoir : ainsi il faut et les offres et la consignation.

385. Cette consignation doit, 1° se faire, partie appelée.

A cet effet, le sergent, par la sommation qui contient les offres, doit déclarer à l'acquéreur, que, faute par lui d'avoir reçu la somme offerte, le retrayant la consignera en tel lieu et à telle heure, où il est sommé de se trouver.

Si cette sommation, de se trouver à la consignation, avait été omise dans la sommation de recevoir, elle pourrait se faire par un acte subséquent. Lemaître dit qu'elle se peut faire à domicile de procureur.

Au reste, il n'est point nécessaire d'obtenir sentence qui permette de consigner; *Duplessis, ibid.* Lemaître est du même avis; *dissentit* Guérin.

386. Cette consignation doit être intégrale, de même que les offres : pour peu qu'il manquât de la somme qui doit être remboursée à l'acquéreur, la consignation devrait être déclarée nulle, et le retrayant déchu du retrait.

387. Lorsque le retrayant soutient que le prix, exprimé par le contrat, est plus fort que celui qui a été véritablement convenu entre les parties, il est plus sûr que le retrayant consigne toute la somme exprimée par le contrat, sans préjudice du plus; car autrement, s'il ne pouvait faire sa preuve, la consignation, qu'il a faite, ne se trouvant pas intégrale, il serait déchu du retrait. Mais si, dans la confiance où est le retrayant qu'il fera sa preuve, il a consigné moins, la validité de la consignation dépendra de l'événement de la preuve; et, s'il est justifié que le prix, porté par le contrat, n'est pas le véritable prix, et que celui, qui a été convenu entre les parties, n'excède pas la somme consignée, la consignation sera valable; *Dumoulin, sur la Coutume de Nevers, tit.* 31, *art.* 3.

388. Enfin, 3° cette consignation doit être faite dans les mêmes espèces qui ont été offertes; c'est l'avis de Lemaître, et des commentateurs par lui cités. La raison qu'il en rend, est qu'on ne peut pas juger si l'acquéreur a eu raison de refuser celles qui lui ont été offertes, si on ne les voit, et si ce ne sont pas les mêmes qui ont été consignées.

389. Si, depuis les offres, et avant la consignation, les espèces étaient diminuées, le retrayant, qui, par la sommation qui contient ses offres, aurait signifié un bordereau des espèces par lui offertes, ne serait pas tenu à consigner rien de plus que les espèces par lui offertes; et la perte de la diminution doit, en ce cas, être supportée par l'acquéreur; car, c'est un effet de la demeure, en laquelle est un créancier de recevoir, qu'il soit tenu d'indemniser le débiteur de la perte que sa demeure lui a causée, et, par conséquent, de se charger de la perte survenue sur les espèces offertes, perte que le débiteur n'eût pas soufferte si le créancier eût reçu.

Il y a une autre raison, qui est que le retrayant, qui, avant les offres, était débiteur d'une somme en espèces indéterminées, se rend, par les offres, débiteur des espèces par lui offertes, comme de corps certains : or lorsqu'un corps certain est dû, il est aux risques du créancier.

390. Cette seconde raison doit faire décider, dans le cas inverse, auquel les espèces seraient augmentées, que c'est l'acquéreur qui doit profiter de l'augmentation, et que le retrayant doit consigner toutes les espèces par lui offertes, telles qu'elles se trouvent; car ces espèces étant, par ces offres, devenues individuellement la chose due, le créancier doit profiter de l'augmentation qui y est survenue, suivant la maxime que, dans les dettes de corps certains, le créancier profite de l'augmentation, comme il souffre

de la diminution. Le retrayant ayant par ses offres, réalisées par la signification du bordereau des espèces, déterminé la dette du remboursement du prix à la dette des espèces offertes, il ne peut plus, à cet égard, changer de volonté au préjudice du créancier, suivant cette règle, *Nemo potest mutare consilium in alterius injuriam*.

391. Enfin Duplessis, *chap.* 3, *sect.* 2, veut que la consignation, lorsqu'elle a été faite en l'absence de l'acquéreur, lui soit signifiée dans le temps fatal des vingt-quatre heures. La raison est, que tant qu'on a pas mis l'acquéreur en état de retirer les espèces, en lui donnant connaissance de la consignation, elle ne peut pas, selon lui, passer pour un paiement parfait; étant même chose, pour cet acquéreur, qu'on n'ait pas consigné, ou qu'il ignore la consignation. Les annotateurs semblent douter de cette décision : ils disent qu'il n'y a que Brodeau qui ait été de cet avis; que la Coutume ne s'est pas expliquée sur cette signification. L'acquéreur ne peut opposer qu'il a ignoré la consignation, quoiqu'elle ne lui ait pas été signifiée, en ayant été averti par l'acte par lequel il y a été appelé. M. R. croit cette signification dans le temps fatal, indispensable.

Cette consignation faite, le retrayant doit assigner l'acquéreur, peur voir déclarer la consignation valable, et, en conséquence, ordonner que l'acquéreur sera tenu de quitter la possession de l'héritage au retrayant, sinon qu'il sera permis au retrayant de l'expulser.

392. L'acquéreur peut prévenir cette demande, en assignant le retrayant pour voir prononcer la nullité des offres ou de la consignation, et, en conséquence, la déchéance du retrait.

393. En attendant le jugement sur l'une ou l'autre de ces demandes, le sort de la consignation est en suspens, et les deniers consignés sont aux risques, ou de l'acquéreur, si la consignation est jugée valable, ou du retrayant, si elle est déclarée nulle; et, en conséquence, si les deniers consignés étaient péris par vol, incendie, ou par quelque autre cas que ce soit, c'est sur la partie qui aura succombé que doit tomber la perte.

Voyez, sur la consignation, *notre Traité des obligations*, *part.* 3, *chap.* 1, *art.* 8.

394. Si le retrayant avait retiré du Bureau des Consignations le prix qu'il a consigné, il n'est pas douteux qu'il serait déchu du retrait; c'est, de sa part, y renoncer, que de retirer sa consignation.

Il en est de même, si un créancier du retrayant avait saisi et arrêté, entre les mains du consignataire, les deniers du retrayant son débiteur, et que la saisie et arrêt eût été déclarée valable. Il y a un arrêt, qui l'a jugé ainsi, cité dans les notes marginales de Duplessis, *loco citato;* car la consignation ne peut être regardée comme un paiement valable, lorsque c'est pour une cause qui procède du fait du retrayant, que les deniers sont retirés de la consignation.

395. C'est une question controversée, si le lignager, qui a donné la demande en retrait, peut être contraint, par l'acquéreur, à prendre le marché du retrait. Tous conviennent que le retrayant peut se désister de sa demande en retrait, jusqu'à la reconnaissance ou adjudication : il en doit seulement les dépens jusqu'au jour du désistement. Mais lorsque le retrait, sur la demande du lignager, a été reconnu ou adjugé, il y en a qui pensent que l'acquéreur peut contraindre le retrayant à prendre le marché. Leur raison est, que, par la reconnaissance ou adjudication du retrait, il se contracte un contrat ou quasi-contrat entre le retrayant et l'acquéreur, par lequel, de même que l'acquéreur s'oblige à délaisser l'héritage au retrayant, le retrayant s'oblige de son côté envers lui au paiement de tout le contenu dans les offres qu'il lui a faites. C'est ce qu'enseigne Dumoulin, en sa note sur l'art. 7 de la Coutume de Bordeaux : *Aut reus jam acceptavit, et non potest discedere invito reo; aut nendùm acceptavit, et potest sive ante litem contestatam, sive post discedere, refusis impensis, et ita practicari vidi.* Mornac, *ad l.* 39, *cod. de episc. et cleric.*, atteste aussi que c'est la jurisprudence. Néanmoins Tiraqueau, *ad finem tituli*, *n.* 28, est d'avis contraire : il se fonde sur la loi, *Si judex*, 41, ff. *de minor.*, où il est dit qu'un mineur peut se désister du profit d'une sentence, qui l'a restitué contre un acte de vente, malgré celui avec qui la sentence a été rendue; *quia licet unicuique contemnere quæ pro se introducta sunt.* Grimaudet, *n.* 33, est aussi de cet avis. Les Coutumes d'Anjou, 407, et du Maine, 418, paraissent conformes à ce sentiment; car, dans le cas auquel le retrait est reconnu, et que le retrayant ne veut plus prendre le marché, elles se contentent de dire qu'il est tenu des dépens, dommages et intérêts.

CHAPITRE X.

Des obligations de l'acquéreur qui a reconnu le retrait, ou sur qui il a été adjugé.

396. L'acquéreur, sur qui le retrait a été adjugé, est obligé de délaisser au retrayant l'héritage; il est encore tenu envers lui à certaines prestations, soit par rapport aux fruits qu'il a perçus, soit par rapport aux dégradations faites par sa faute dans l'héritage.

§ I. DU DÉLAIS DE L'HÉRITAGE.

397. Premièrement, l'acquéreur est obligé de délaisser au retrayant l'héritage.

Si, depuis le contrat, il s'est fait quelque accroissement naturel à l'héritage, *putà, per alluvionem*, l'acquéreur ne pourra pas le retenir, et il sera obligé de délaisser l'héritage avec cet accroissement qui en fait partie. On opposera peut-être que, dans le cas du réméré, nous avons décidé, conformément à l'opinion de plusieurs docteurs, que l'acheteur, sur qui on exerçait le réméré, pouvait retenir cet accroissement. La raison de différence vient de la nature de ces droits. Le droit de réméré est le droit que s'est retenu le vendeur de se faire rendre ce qu'il a vendu : il ne peut pas prétendre avoir vendu cet accroissement, qui n'a commencé d'exister que depuis la vente : il ne peut donc être sujet au réméré. Le droit de retrait est de prendre le marché de l'acheteur sur qui le retrait s'exerce, et par conséquent de profiter de tous les avantages qui ont résulté de ce marché.

398. L'acquéreur doit faire ce délais aussitôt après que le retrayant lui a remboursé le prix et les autres sommes liquides qui doivent lui être remboursées, et lui a rapporté quittance ou décharge de ce qui en était dû.

Le délais de l'héritage ne peut être différé jusqu'après la liquidation des autres choses non liquides qui doivent être remboursées à l'acquéreur : l'acquéreur ne peut pas même prétendre que le retrayant, pour entrer en possession de l'héritage avant cette liquidation, doive lui donner caution : il doit suffire à l'acquéreur d'avoir, pour ces créances non liquides, un privilége sur le fonds.

399. Si c'était le prix principal qui ne fût pas liquide, comme dans le cas auquel mon parent aurait cédé à quelqu'un un héritage, pour être tenu quitte envers lui de l'administration qu'il avait eue de ses biens, l'acquéreur, en ce cas, n'est pas tenu, sur ma demande en retrait, de me délaisser l'héritage avant la liquidation et le remboursement de sa créance, en paiement de laquelle l'héritage lui a été donné; mais, comme il pourrait tirer les choses en longueur, le juge doit lui fixer un temps pour la faire; *Grimaudet*, VII, 13.

§ II. DES FRUITS.

400. A l'égard des fruits, ceux, qui se trouvent pendans lors de l'adjudication ou reconnaissance du retrait, doivent appartenir au retrayant, en remboursant l'acheteur des labours et semences; l'héritage doit lui être restitué tel qu'il se trouve, et par conséquent avec les fruits qui y sont pendans et qui en font partie.

Il y a néanmoins quelques Coutumes qui les partagent entre le retrayant et l'acheteur, à qui elles en accordent une partie, au *prorata du temps qu'il n'aura été remboursé de son prix*. Ce sont les termes dont se sert la Coutume de Berry, *tit.* XIV, *art.* 2; Angoumois, *chap.* 5, *art.* 78. Ce partage est accordé pour indemniser l'acheteur du défaut de jouissance de l'argent qu'il a payé pour le prix de son acquisition. Dans nos Coutumes, on pourvoit d'une autre manière à cette indemnité, en lui passant en loyaux coûts les intérêts du prix qu'il a payé, jusqu'au jour des offres qui lui ont été faites de le rembourser, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 317.

401. A l'égard de ceux perçus avant l'adjudication, il faut distinguer entre ceux qui ont été recueillis avant la demande et les offres du retrayant, et ceux qui n'ont été recueillis que depuis.

A l'égard de ceux, qui n'ont été recueillis que depuis la demande et les offres du retrayant, l'acheteur, qui les a recueillis, doit pareillement les rendre entièrement au retrayant, sous la déduction des frais de labours et semences. C'est la disposition de Paris, *art.* 134, d'Orléans, *art.* 374, et du plus grand nombre des Coutumes, sauf celles qui en ordonnent le partage au prorata du temps entre le retrayant et l'acheteur.

Quelques Coutumes, néanmoins, n'accordent les fruits au retrayant, les unes, comme celle du Perche, *art.* 194, que du jour de la contestation en cause; les autres, comme Berry, *tit.* 14, *art.* 6, que de celui de la consignation du prix; mais ces Coutumes doivent être restreintes à leur territoire. Ceux, qui les accordent du jour de la demande et des offres, forment le droit commun; et elles sont fondées sur deux principes de droit : le premier, que la demande et les offres du retrayant mettent l'acquéreur en demeure de délaisser l'héritage dont le retrait lui est demandé : le second est, que tout débiteur, qui est constitué en demeure de délaisser une chose, est tenu de faire raison au créancier, à qui il la doit délaisser, de tous les fruits recueillis depuis sa demeure.

Ce principe est une conséquence d'un autre principe; savoir, qu'un débiteur ne doit pas profiter de la demeure injuste en laquelle il a été, et qu'il est, au contraire, tenu des dommages et intérêts résultans de sa demeure, ce qui renferme tout ce que le créancier a perdu, et tout ce qu'il a manqué de gagner par la demeure de son débiteur. Or, il est évident que la demeure du débiteur a privé le retrayant des fruits de l'héritage qu'il aurait recueillis, si l'héritage lui eût été délaissé lorsqu'il l'a demandé; il doit donc être indemnisé de ces fruits par le débiteur.

402. Suivant ces principes, l'acquéreur non seulement doit faire raison des fruits qu'il a recueillis, mais encore de tous ceux que le retrayant aurait pu recueillir, si l'héritage lui eût été délaissé aussitôt après la demande et les offres, quoique l'acquéreur ne les ait pas recueillis.

Par exemple, si, pendant le procès, depuis la demande et les offres du retrayant, l'acquéreur a négligé d'ensemencer une pièce de terre, qui était en saison d'être ensemencée, il est obligé de faire raison au retrayant des fruits qui auraient pu être recueillis sur cette terre, si elle eût été ensemencée; car le retrayant, si l'héritage lui eût été délaissé lorsqu'il l'a demandé, aurait pu ensemencer cette pièce de terre, et en percevoir les fruits.

Quid, si, lors de sa demande en retrait, le temps de la semence était passé? Quoique le retrayant ne puisse pas dire, en ce cas, que, si l'héritage lui eût été délaissé aussitôt après sa demande, il eût pu percevoir des fruits sur cette terre, puisqu'on n'était plus à temps de pouvoir l'ensemencer; ne peut-il pas prétendre que l'acquéreur doit encore, en ce cas, être tenu de lui faire raison des fruits qu'eût produits cette terre, si elle eût été ensemencée, parce que c'est la faute de l'acquéreur de ne l'avoir pas ensemencée? Grimandet, IV, 37, etc., décide fort bien que le retrayant n'est pas fondé dans cette prétention. La raison est que l'acquéreur est bien tenu, avant la demande en retrait, à la conservation de l'héritage; c'est pourquoi il est tenu, envers le retrayant, de sa faute à cet égard, si, par sa faute, l'héritage se trouvait dégradé : mais il n'est point, avant la demande, comptable des fruits; c'est pourquoi il ne peut être tenu d'aucune faute à cet égard.

403. Il nous reste à observer que les fruits, recueillis par l'acquéreur depuis les offres dont il est obligé de tenir compte au retrayant, ne s'estiment que sous la déduction des frais de semences et de culture, lorsque c'est l'acquéreur qui a fait ces frais : *Fructus enim intelliguntur deductis impensis*, *l.* 36, § 5, ff. *de hered. petit.*

Cette décision a lieu, quand même l'acquéreur aurait ensemencé les terres du blé qu'il aurait recueilli dans l'héritage; car ce blé lui ayant été acquis, il n'en est pas moins vrai de dire que c'est à ses dépens qu'il a ensemencé la terre. C'est l'avis de Pallu, sur Tours, et de Dupineau, sur Angers.

404. A l'égard des fruits qui ont été recueillis par l'acquéreur, avant les offres, ils appartiennent à l'acquéreur, et il n'en doit pas compter au retrayant.

Ce principe souffre une première limitation. Il faut, pour cela, que l'acquéreur ne les ait pas recueillis avant leur maturité, en fraude du retrait; car si l'acquéreur, peu de jours avant la demande en retrait, qu'il avait appris qu'on devait donner contre lui, avait fait la récolte avant le temps, dans la vue d'en frauder le retrayant, cet acquéreur ne devrait pas profiter de cette fraude, et il devrait compter de ces fruits au retrayant, de même que s'il ne les avait recueillis que depuis les offres.

S'il paraissait quelque juste cause, pour laquelle l'acquéreur eût coupé les fruits avant la maturité, *putà*, s'il avait fait cela à l'approche d'une armée ennemie, il ne serait pas présumé l'avoir fait en fraude du retrait, et ne serait pas, par conséquent, tenu d'en faire raison au retrayant.

Pour que le retrayant puisse prétendre que l'acquéreur lui fasse raison des fruits coupés avant leur maturité, il faut qu'il ait donné la demande en retrait avant le temps de leur entière maturité; car, s'il ne l'a donnée qu'après, l'acquéreur, en les coupant avant le temps de leur maturité, n'a fait de tort qu'à lui-même; il n'en fait aucun au retrayant, puisque ces fruits, quand même on aurait attendu le temps de leur maturité pour les recueillir, n'auraient pas appartenu au retrayant, qui n'a donné sa demande que depuis. Il n'importe que l'acquéreur ait eu

dessein de le frauder, lorsque par l'évènement il ne l'a pas été : *Oportet ut concurrant consilium fraudis, et eventus.*

405. Le principe sur les fruits coupés et perçus par l'acheteur avant la demande et les offres du retrayant, reçoit encore d'autres limitations : il faut pour cela distinguer plusieurs espèces.

La première espèce est des fruits qui ont, à la vérité, été perçus par l'acheteur avant les offres du retrayant, mais qui étaient pendans et prêts à couper lors du contrat de vente sur lequel le retrait s'exerce. Il faut encore, à cet égard, distinguer deux cas. Le premier cas est, lorsque ces fruits n'ont pas été vendus à l'acheteur pour un prix séparé. En ce premier cas, soit que le contrat porte expressément que l'héritage est vendu avec les fruits qui y sont pendans, soit qu'il n'ait été fait aucune mention desdits fruits, l'acheteur doit rendre au retrayant ces fruits, s'ils sont encore existans et en sa possession; sinon, il doit faire raison du prix desdits fruits au retrayant, en faisant déduction au retrayant du prix desdits fruits, sur celui du contrat qui doit lui être remboursé par le retrayant; à la charge par le retrayant, en l'un et l'autre cas, de tenir compte des frais faits par l'acheteur pour la récolte et la conservation desdits fruits. C'est ce que décide Dumoulin, *in Cons. Par.* § 20, *gl.* 1. *n.* 77, dans le cas du retrait féodal, qui est semblable, à cet égard, à celui du retrait lignager : *Cum sit unica venditio et unicum pretium, debet patronus, refuso toto pretio illos fructus habere, si exstant; vel, si jam sint per emptorem consumpti, eorum æstimationem de pretio deducere; deductis semper impendiis collectionis et conservationis fructuum.*

La raison de cette décision est évidente : ces fruits, qui, lors du contrat de vente, étaient pendans et prêts à être coupés, sont entrés en considération dans le marché qui a été fait de l'héritage, et en ont augmenté le prix. Ils font donc partie de ce qui a été vendu; et si l'acheteur, qui est remboursé, par le retrayant, du prix entier du marché, retenait ces fruits, il aurait tout à la fois et la chose et le prix.

Si les fruits, qui étaient pendans lors du contrat, étaient depuis péris par une grêle, un incendie, ou par quelque autre espèce de force majeure, soit avant, soit depuis la récolte, cette perte doit tomber sur le retrayant; et quoiqu'on ne puisse rien lui rendre desdits fruits, qu'on suppose entièrement péris par cet accident, il ne laisse pas de devoir rendre le prix entier du contrat, sans qu'il puisse prétendre qu'il lui soit fait aucune déduction pour le prix desdits fruits. La raison est, que le retrayant, par le retrait, prenant pour son compte le marché, il en doit supporter les pertes, à la place de l'acquéreur, sur qui il exerce le retrait, de même qu'il en a le bénéfice, et, par conséquent, il doit supporter la perte de ces fruits qui faisaient partie de ce marché. Ajoutez que, suivant ce que nous avons vu ci-dessus, la restitution des fruits, qui étaient pendans lors du contrat, est due en nature au retrayant : or c'est un principe, en fait de dettes de choses, qui sont dues comme corps certains, que la perte qui en arrive tombe sur le créancier : *Res perit creditori.*

406. Le second cas est, lorsque les fruits, qui étaient pendans lors du contrat, ont été vendus pour un prix séparé de celui de l'héritage : en ce cas, y ayant deux marchés, puisqu'il y a deux prix, et n'y ayant que le marché de l'héritage qui soit sujet au retrait, l'acheteur peut retenir les fruits. En vain opposerait-on que, quoique l'héritage, et les fruits qui y étaient pendans, aient été vendus pour des prix séparés, néanmoins l'acheteur n'ayant acheté les fruits que parce qu'il achetait l'héritage, les deux marchés ne doivent être considérés que comme un seul marché; car, dans la vérité, il y a deux marchés; et si l'on doit quelquefois, lorsque l'acheteur le demande, les regarder comme n'en faisant qu'un seul, ce n'est qu'en faveur de l'acheteur, et pour pourvoir à son indemnité. Or il peut ne pas user de ce qui n'est établi qu'en sa faveur. C'est ce qu'enseigne Dumoulin, *dict. gl. n.* 80 : *Venditum est feudum*, dit-il, *fructibus maturis plenum, et certum est pretium pro illis distributum ; utrùm patronus invito emptore possit etiam fructus retrahere? Dicendum quòd non; quia separata est venditio fructuum, ex quo pro illis certum pretium est taxatum...... Nec obstat quòd non est nisi una venditio, si emptor non erat empturus fructus sine fundo; quia hoc est verum respectu ipsius emptoris, et in ejus favorem pro suo interesse, cui potest renuntiare.*

Cette décision n'a pas lieu, lorsqu'il paraît de la fraude, et qu'on a estimé à un très bas prix les fruits pendans, pour grossir celui de l'héritage en fraude du retrait. Dans ce cas de fraude, on doit permettre au retrayant de retirer les fruits avec l'héritage; *Molin. dict. gl. n.* 81.

407. La seconde espèce de fruits, perçus par l'acheteur, avant la demande en retrait, est de ceux pour la production desquels les semences et labours n'ont été faits que depuis le contrat de vente : il n'est pas douteux que ces fruits appartiennent entièrement à l'acheteur, sans que le retrayant puisse lui faire aucune déduction pour raison desdits fruits, sur le prix du contrat qu'il doit lui rembourser. C'est principalement de cette espèce que doit s'entendre l'article 375 de notre Coutume d'Orléans.

Néanmoins, si, par une clause du contrat de vente, il était convenu que l'acheteur aurait terme d'un an, ou aurait terme de deux ans peur le paiement du prix, sans être tenu, pendant ce temps, d'aucun intérêt, et que néanmoins il entrerait en jouissance dès le moment du contrat; comme, en ce cas, les années de jouissance, accordées à l'acheteur, seraient entrées en considération dans le marché, et en auraient augmenté le prix, le retrayant est bien fondé, en ce cas, à faire, sur le prix entier du contrat, dans lequel est entré celui desdites jouissances, déduction à l'acheteur du prix desdites jouissances; car l'acquéreur ayant eu ces jouissances, c'est lui qui en doit le prix.

408. La troisième espèce de fruits perçus par l'acheteur, avant la demande en retrait, est de ceux qui n'étaient pas encore, à la vérité, lors du contrat de vente de l'héritage, pendans et prêts à couper, mais pour la production desquels les labours et semences avaient été faits avant le contrat. Ces fruits appartiennent à l'acheteur, qui les a perçus avant la demande en retrait; mais comme les frais de labours et semences, qui avaient été faits avant le contrat de vente, sont entrés en considération dans le marché de l'héritage, et en ont augmenté le prix, une terre labourée et ensemencée étant d'un plus grand prix que si elle ne l'était pas, le retrayant sera bien fondé à faire à l'acheteur, sur le prix du contrat qu'il doit lui rembourser, déduction de celui des labours et semences, qui est entré dans ce prix; car c'est celui qui a les fruits qui doit supporter les frais de labours et semences.

409. La quatrième espèce de fruits perçus avant la demande en retrait, est de ceux qui étaient la production de plusieurs années écoulées avant le contrat de vente. *Finge*. Il dépendait de l'héritage qui a été vendu, un bois taillis qu'il est d'usage dans le pays de couper tous les dix ans. Lors du contrat, ce bois était âgé de huit ans; l'acheteur n'ayant pas fait ce qui est requis pour faire courir l'an du retrait, la demande en retrait n'a été donnée qu'après plus de deux ans depuis le contrat, et après que l'acheteur a perçu la coupe de ce bois. Il est évident, en ce cas, que le prix des feuilles, dont le bois était âgé lors du contrat de vente de l'héritage, est entré en considération dans le marché, et en a augmenté le prix. C'est pourquoi, l'acheteur, qui a perçu la coupe entière, doit souffrir que, sur la restitution, qui doit lui être faite par le retrayant, du prix du contrat, il lui soit fait déduction, par le retrayant, du prix de ces feuilles qui est entré dans le prix du contrat; sans cela, il se trouverait avoir tout à la fois et la chose et le prix, ce que l'équité ne permet pas.

410. Il nous reste à voir quand les fruits sont censés perçus. Ceux, que la terre produit, soit naturels, soit industriels, sont censés être perçus aussitôt qu'ils ont été séparés de la terre, quand même ils seraient encore sur le champ, et n'auraient pas encore été enlevés. C'est pourquoi, si la demande en retrait n'a été donnée qu'après que les avoines ont été fauchées, quoiqu'elles fussent encore sur le champ lors de la demande, ces avoines appartiendront à l'acquéreur, comme ayant été perçues avant la demande.

411. A l'égard des fruits civils, il faut distinguer leurs différentes espèces. Les fermes des biens de campagne étant dues par les fermiers pour les fruits qu'ils recueillent, ces fermes sont dues et acquises, lorsque les fruits ont été recueillis par le fermier, quoique le terme, qui lui est accordé pour le paiement de la ferme, ne soit pas échu. C'est pourquoi, si la demande en retrait, pour une métairie de Beauce, est donnée à la fin d'août, après la récolte finie, les fermes appartiendront en entier à l'acquéreur, quoique, par la loi du bail, elles ne dussent être payées qu'à la Toussaint, à Noël et à Pâques.

Si la demande en retrait a été donnée durant la récolte, l'acquéreur aura une part dans la ferme, à proportion de ce qu'on estimera qu'il y avait déjà de fruits coupés le jour de la demande. Par exemple, si l'on estime, qu'au temps de la demande en retrait, la récolte était déjà faite au tiers, l'acheteur aura le tiers de la ferme, et le retrayant les deux autres tiers.

412. Ce principe, que les fermes, dues pour raison des fruits coupés avant la demande en retrait, appartiennent à l'acheteur, reçoit quelques exceptions ou limitations.

La première est, lorsque la récolte, pour laquelle la ferme est due, et qui a été faite avant la demande en retrait, était imminente lors du contrat de vente de l'héritage; en ce cas, la ferme, qui devait être due bientôt pour cette récolte, étant entrée en considération dans le marché de l'héritage, dont elle a augmenté le prix, et faisant, en conséquence, partie de ce qui a été vendu par le marché, elle doit appartenir au retrayant.

La seconde est, lorsque les fruits, qui ont été coupés avant la demande en retrait, et pour la récolte desquels la ferme est due, sont la production d'un certain nombre d'années, dont plusieurs étaient écoulées au temps du contrat de vente de l'héritage : la ferme, qui devait être due par la suite pour lesdits fruits, est entrée, lors du marché, en considération, pour raison des années qui étaient écoulées, et elle en a augmenté le prix; elle fait, pour raison desdites années, partie de ce qui a été vendu. C'est pourquoi, le retrayant, qui rembourse le prix

entier du contrat à l'acheteur, doit avoir une part dans la ferme de ces fruits, au prorata des années écoulées avant le contrat de vente.

La troisième est, lorsque, par une clause du contrat de vente, il a été accordé terme d'un an ou de plusieurs années pour le paiement du prix, et néanmoins convenu que l'acheteur entrerait, dès le temps du contrat, en jouissance de l'héritage, sans payer aucuns intérêts pour le temps du terme : en ce cas, les années de jouissance accordées à l'acheteur pendant le temps du terme, étant entrées en considération dans le marché, dont elles ont augmenté le prix, et faisant partie de ce qui a été vendu, les fermes échues pendant ce temps, quoique avant la demande en retrait, doivent appartenir au retrayant qui rend à l'acheteur le prix entier du marché.

413. A l'égard des loyers de maison, et des arrérages de rentes foncières, à prendre sur quelque héritage que ce soit, ils se comptent de jour à jour; ils appartiennent à l'acheteur pour le temps qui s'est écoulé depuis le contrat, jusqu'à la demande en retrait; sauf dans le cas de la troisième exception mentionnée au nombre précédent. Par exemple, si, pour une maison, dont les loyers se payent au terme de Saint-Jean et de Noël, la demande en retrait a été donnée quinze jours après la Saint-Jean, l'acquéreur aura, dans le terme de Noël qui suit la demande, une portion pour le temps de quinze jours qui sont courus de ce terme avant la demande en retrait, c'est-à-dire, une douzième portion.

A l'égard du temps couru avant le contrat de vente, les loyers et arrérages, pour raison de ce temps, appartiennent au vendeur, à moins que, par le contrat, ils n'aient été cédés à l'acheteur; et comme, en ce cas, ils font partie de ce qui est vendu, ils doivent, pour ce temps, appartenir au retrayant.

414. A l'égard des fruits civils casuels, ils sont acquis lorsqu'ils naissent. C'est pourquoi les profits de fief appartiennent à l'acquéreur, si les ventes ou les mutations, qui y donnent ouverture, sont arrivées avant la demande : pareillement les amendes et les confiscations lui appartiennent, si le jugement a été rendu avant la demande.

Quelques auteurs, néanmoins, ont prétendu que les amendes étaient dues au seigneur de justice du jour du délit, et, qu'en conséquence, dans le retrait d'une seigneurie, si le délit a été commis avant la demande en retrait, l'amende ne peut être prétendue par le retrayant; mais elle appartient à l'acquéreur, quoique la condamnation de l'amende ne soit intervenue que depuis la demande en retrait. Leur raison est, que c'est par le délit que celui qui le commet contracte l'obligation de l'amende, et non par le jugement de condamnation, qui ne fait que déclarer qu'il est débiteur; c'est l'avis de Tiraqueau, *Traité du Retrait conv.*, § 5, *gl.* 4, *n.* 22 *et seq.* L'opinion contraire me paraît plus plausible : celui qui commet un crime se rend bien, en le commettant, digne de l'amende, de même que de toutes les autres peines que mérite son crime; mais il n'est débiteur que du jour que cette peine lui est infligée par un jugement de condamnation : c'est le jugement qui fait acquérir au seigneur justicier le droit de l'exiger. Ce n'est donc que du jour de ce jugement qu'est né ce fruit civil de la justice. Avant ce jugement, le délit ne peut faire considérer l'amende, dont s'est rendu digne celui qui l'a commis, que tout au plus, comme un fruit semé et comme un germe.

Quelques auteurs ont distingué entre les amendes, qui sont laissées à l'arbitrage du juge, et celles qui sont déterminées par la loi. Mais je pense que, même à l'égard de celles-ci, le droit de les exiger n'est acquis au seigneur que par le jugement de condamnation : jamais personne ne s'avisera de dire qu'une personne, qui a commis un délit, est obligée, sans être poursuivie, d'aller payer au seigneur justicier l'amende que mérite son délit; ce qu'il faudrait néanmoins dire si la dette de l'amende était contractée par le délit.

§ III. DU TRÉSOR TROUVÉ DANS L'HÉRITAGE.

415. Lorsque l'acquéreur a trouvé un trésor dans l'héritage sujet au retrait, avant la demande, doit-il rendre au retrayant la partie du trésor, que les lois adjugent au propriétaire de l'héritage dans lequel il est trouvé? La raison de douter est, 1° que cet acquéreur, lors de la découverte du trésor, était le propriétaire du fonds; 2° que les fruits, qui sont perçus avant la demande, appartiennent à l'acquéreur, qui n'est point tenu de les rendre au lignager. La raison de décider que l'acquéreur ne peut retenir cette portion du trésor, et qu'il la doit rendre au retrayant, est que cette portion du trésor n'est pas un fruit de l'héritage; *l.* 7, § 12, *solut. matrim.* C'est une espèce d'accessoire de l'héritage, cette portion étant acquise au propriétaire de l'héritage *jure quodam accessionis* : l'acquéreur, qui n'avait qu'un droit de propriété momentané dans l'héritage, n'a pu acquérir de même qu'un droit momentané dans cette portion du trésor, qui en est un accessoire, et en doit suivre la nature; et il doit rendre au retrayant l'héritage avec cet accessoire. C'est suivant ce principe qu'un mari, qui, par le droit romain, était propriétaire du fonds dotal durant le mariage, était néanmoins, lors de la dissolution du mariage,

tenu de rendre à la femme, avec le fonds dotal, cette portion du trésor qui y avait été trouvé durant le mariage, et par conséquent pendant le temps qu'il était propriétaire; *dict.* § 12. Ajoutez que l'obvention de ce trésor est une bonne fortune et un bénéfice qui provient du marché de l'héritage; le retrayant, qui prend le marché pour son compte et avec tous les risques, en doit aussi avoir tous les bénéfices.

§ IV. DES DÉGRADATIONS.

416. L'acquéreur est tenu de faire raison des dégradations survenues par sa faute dans l'héritage, depuis qu'il en est entré en possession, jusqu'au délais qu'il en doit faire.

En cela, l'acquéreur, à l'égard du retrayant, est différent d'un possesseur de bonne foi à l'égard du propriétaire. Celui-ci n'est tenu des dégradations par lui faites avant la demande, qu'autant qu'il en aurait profité; car, tant qu'il a possédé de bonne foi, il n'a contracté aucune obligation envers le propriétaire de lui rendre l'héritage, ni par conséquent de le lui conserver : le propriétaire ne peut donc pas lui imputer de ne le lui avoir pas conservé, et de l'avoir dégradé; ce possesseur a pu abuser d'une chose dont il se croyait propriétaire incommutable. Mais celui, qui acquiert un héritage sujet à retrait, sait, ou doit savoir, qu'il est sujet à retrait, et il contracte, en l'acquérant, l'obligation de le rendre à ceux des lignagers qui en voudront exercer le retrait, et par conséquent celle de le leur conserver; *Grimaudet*, IV, 36.

417. L'acquéreur est tenu non seulement des dégradations, qui consistent dans quelque fait de sa part, comme s'il a arraché des vignes, abattu quelque édifice, etc.; il est tenu aussi de celles qui résultent de son défaut de soin. Lalande, sur notre Coutume d'Orléans, est d'avis contraire. Les lois, qu'il cite pour son avis, sont de l'espèce d'un possesseur de bonne foi à l'égard du propriétaire, et ne peuvent, par conséquent, recevoir d'application à l'acquéreur d'un héritage sujet à retrait, en ayant fait voir ci-dessus la différence.

418. De quelle espèce de faute, à cet égard, l'acheteur est-il tenu? M. R. pense qu'il est tenu *de levi culpâ*. J'aurais de la peine à me rendre à cet avis : je ne le crois tenu, envers le retrayant, que de la faute grossière, *de latâ culpâ quæ dolo comparatur;* car le quasi-contrat, d'où naît l'obligation de cet acquéreur envers le retrayant, est tout en faveur du retrayant; cet acquéreur ne reçoit rien du retrayant, et par conséquent il doit suffire, suivant les principes établis en notre Traité des obligations, *n.* 141, que l'acquéreur soit tenu envers ce retrayant *de dolo et latâ culpâ*. On peut, pour cette décision, tirer argument de la loi 22, § 3, *ad Senat. C. S. Trebellian.*

En cela, le retrait lignager diffère du droit de réméré; car, à l'égard du droit de réméré, l'obligation, que l'acheteur contracte, de rendre l'héritage au vendeur lorsqu'il voudra le réméré, étant une obligation qui naît d'une clause du contrat de vente, qui est un contrat fait pour l'intérêt réciproque des deux parties, l'acheteur, qui l'a contractée, doit être tenu de la faute légère, suivant les principes établis en notre Traité des obligations, *ibidem*.

419. A la vérité, avant la demeure, l'acheteur n'est tenu envers les lignagers que *de latâ culpâ;* mais, depuis qu'il a été constitué en demeure, par une demande en retrait accompagnée d'offres valables, de quelque manière que l'héritage ait été depuis dégradé, à moins que ce ne soit par une force majeure que le retrayant eût également éprouvée, si l'héritage lui eût été délaissé aussitôt la demande, l'acquéreur est tenu d'en indemniser ce lignager. Car, c'est un effet de la demeure, qu'elle oblige le débiteur à indemniser le créancier de toute la perte qu'elle lui cause, et qu'il n'eût pas sans cela soufferte, comme nous l'avons vu en notre Traité des obligations. Or, quelque légère que soit la faute, par laquelle la détérioration de l'héritage est survenue depuis la demeure, le lignager est bien fondé à prétendre que, sans la demeure, il n'eût pas souffert cette perte, et qu'il n'aurait pas commis la faute qui l'a causée.

420. Lorsque le retrait s'exerce contre un tiers, à qui l'acheteur sujet au retrait a revendu l'héritage, sans lui donner connaissance de la charge du retrait, ce tiers n'est pas personnellement tenu des dégradations qu'il a faites, ignorant la charge du retrait; et il l'est encore moins de celles faites par le premier acheteur qui le lui a vendu : c'est ce premier acheteur qui est personnellement tenu des unes et des autres; mais cela n'empêche pas que le retrayant ne puisse retenir, sur le prix qu'il doit rembourser à ce tiers, le prix de ces dégradations, de même qu'il les retiendrait, si le retrait s'exerçait sur le premier acheteur, qui en est personnellement tenu : car, ce tiers n'ayant droit au remboursement du prix, qu'autant qu'il est aux droits de ce premier acheteur à qui il est dû, il ne doit pas plus recevoir que ne recevrait ce premier acheteur : *Qui alterius jure utitur, eodem jure uti debet.*

421. Il est défendu à l'acquéreur, non seulement de dégrader l'héritage sujet au retrait, mais même d'en changer la forme en quelque manière que ce soit; *Coutume de Paris, art.* 146; *Orléans*, 373. D'où il suit, que si l'acquéreur a fait des changemens, quoiqu'en mieux,

comme s'il a fait de grandes croisées à des chambres, au lieu de petites qui y étaient, le retrayant, qui aime mieux, pour sa commodité, de petites croisées que de grandes, est en droit d'obliger l'acheteur à remettre les choses en l'état où elles étaient.

Si, néanmoins, la demande, donnée par le retrayant pour le rétablissement des choses dans l'ancien état, contre l'acheteur qui les a changées en mieux, paraissait donnée dans la vue de vexer l'acheteur, plutôt que pour aucun intérêt raisonnable, le juge n'y doit pas avoir égard.

422. On ne doit point regarder comme une dégradation dont l'acquéreur soit tenu, la moins-value des meubles et ustensiles d'un moulin qui ont été usés au service du moulin, dont l'acquéreur a joui jusqu'à la demande en retrait; car il avait droit de s'en servir; *Grimaudet*, VIII, 2.

CHAPITRE XI.

De l'effet du retrait lignager.

Nous établirons, dans un premier article, des principes généraux sur l'effet du retrait lignager. Nous traiterons dans un second, de la résolution des droits d'hypothèques et autres, imposée par l'acheteur, que le retrait opère. Dans le troisième, nous verrons si le retrayant est tenu de l'entretien des baux à ferme ou à loyer, faits, soit par le vendeur, soit par l'acheteur sur qui le retrait est exercé. Nous traiterons, dans le quatrième, des droits retenus dans l'héritage, ou par rapport à l'héritage; droits que le vendeur peut exercer contre le retrayant. Dans un cinquième, nous parlerons du profit dû par la vente sur laquelle le retrait a été exercé. Nous traiterons, dans un sixième article, de la qualité de propre ou d'acquêt que l'héritage, retiré par le retrait lignager, est censé avoir en la personne du retrayant, soit par rapport à la communauté conjugale, soit par rapport à sa succession et à celle de ses héritiers.

ARTICLE PREMIER.

Principes généraux sur l'effet du retrait lignager.

423. Le droit de retrait lignager étant, comme nous l'avons dit au commencement de ce traité, le droit de prendre le marché de l'acheteur étranger, et de devenir acheteur à sa place, il suit de là que l'effet du retrait lignager est que, par le retrait, tous les droits actifs résultans du contrat qu'avait l'acheteur étranger, cessent en sa personne, et passent en celle du lignager retrayant.

De là il suit, que l'acheteur, sur lequel le retrait s'exerce, cesse, par le retrait, d'avoir un titre pour retenir l'héritage; et il est, en conséquence, obligé de le délaisser au retrayant, en la personne duquel la loi transfère le titre en vertu duquel cet acheteur le possédait.

Il ne laisse pas néanmoins d'en être propriétaire, jusqu'à ce qu'il l'ait effectivement délaissé au retrayant; car ordinairement le domaine des choses ne passe d'une personne à l'autre que par la tradition. La propriété de l'héritage retiré ne peut donc passer de la personne de l'acquéreur qui l'a une fois acquise, en celle du retrayant, que par le délais que lui en fera cet acquéreur.

424. De là, il me paraît suivre que, lorsque l'acquéreur est mort dans l'année du retrait, avant aucune demande en retrait donnée contre lui, laissant un héritier aux meubles, et un autre héritier aux acquêts immeubles, le prix du retrait, exercé sur l'héritier aux acquêts, doit appartenir à cet héritier aux acquêts, et ne peut être prétendu par l'héritier aux meubles; car on ne peut pas dire que ce soit la somme qui est remboursée par le retrayant, qui se soit trouvée dans la succession de l'acquéreur: c'est l'héritage qui s'y est trouvé, auquel a succédé son héritier aux acquêts. Comme c'est sur lui que le retrait s'exerce, et que c'est lui qui a succédé à l'héritage sujet au retrait, c'est à lui que le prix du retrait doit appartenir. Tiraqueau, *od fin. tit.*, *n.* 14, et son fidèle disciple Grimaudet, VIII, 24, sont d'avis contraire. Les raisons de Tiraqueau sont, que le retrait, comme nous le verrons au numéro suivant, détruit, dans la personne de l'acquéreur, l'achat que cet acquéreur a fait de l'héritage, et transfère cet achat dans la personne du retrayant qui est censé l'avoir acheté directement du vendeur: l'acheteur est donc censé n'avoir ni acheté ni acquis l'héritage, et avoir payé le prix non pour lui, mais pour le retrayant: d'où Tiraqueau conclut qu'il doit être censé

n'avoir pas laissé dans sa succession l'héritage, mais la créance pour la répétition du prix contre le retrayant, laquelle créance étant une créance mobilière, doit appartenir à son héritier au mobilier. La réponse est, qu'il est vrai que le retrait fait passer l'achat, que l'acquéreur a fait de l'héritage, en la personne du retrayant, et que le retrayant est censé avoir acheté l'héritage directement du vendeur. Mais, quoiqu'il soit vrai de dire que le retrayant est censé avoir acheté l'héritage directement du vendeur, on ne peut pas pour cela dire que l'héritage soit passé de la personne du vendeur directement en celle du retrayant. C'est comme dans la matière des substitutions : quoique le substitué soit censé tenir directement du testateur les biens substitués, néanmoins ces biens ne passent pas directement de la personne du testateur en celle du substitué; ils n'y passent que par le canal du grevé, qui en demeure le propriétaire jusqu'à l'ouverture de la substitution. Pareillement, quoique le retrayant soit censé acheter l'héritage directement du vendeur, néanmoins cet héritage ne passe pas directement de la personne du vendeur en celle du retrayant; il ne passe au retrayant que par le canal de l'acheteur sur qui il a exercé le retrait : jusqu'au retrait, cet acheteur en est véritablement propriétaire; et, par conséquent, lorsqu'il meurt avant qu'on l'ait exercé sur lui, il le laisse, dans sa succession, à son héritier aux acquêts immeubles. L'héritier aux meubles ne peut pas prétendre avoir succédé à la créance contre le retrayant pour le remboursement du prix et des loyaux coûts; car l'acheteur n'a pu, en mourant, transmettre à cet héritier une créance qu'il n'avait point, et même qui n'existait pas encore. Ce n'est que par le retrait que se forme cette créance; ce n'est qu'en exerçant le retrait que le retrayant contracte l'obligation de rembourser le prix et les loyaux coûts de l'acquisition; et c'est envers celui, sur qui il exerce le retrait, qu'il la contracte : d'où il suit que, lorsque le retrait n'est exercé que depuis la mort de l'acheteur, le retrait n'ayant pas été, en ce cas, exercé sur l'acheteur, c'est envers cet héritier aux immeubles que la dette du remboursement du prix et des loyaux coûts est contractée, et qu'elle ne l'a point été envers le défunt acheteur, qui n'a pu, par conséquent, la transmettre à son héritier aux meubles.

La question paraît plus difficile, lorsque l'acheteur n'est mort que depuis la demande en retrait donnée contre lui, et les offres à lui faites de le rembourser du prix, des loyaux coûts et mises. Je serais porté à croire que, même en ce cas, pourvu que, lors de la mort de l'acheteur, le retrait n'eût encore été ni reconnu par l'acheteur, ni adjugé par sentence, le remboursement du prix, des loyaux coûts et mises, doit appartenir à l'héritier aux acquêts immeubles, contre qui le retrayant doit reprendre l'instance et faire adjuger le retrait. L'héritier au mobilier ne le peut prétendre; car les simples offres, qui ont été faites à l'acheteur, n'ont pu lui donner de droit, et le rendre créancier des sommes dont on lui offrait le remboursement, que par l'acceptation qu'il aurait faite desdites offres, ou par un jugement de condamnation : d'où il suit, qu'étant mort avant le retrait adjugé ou reconnu, et par conséquent avant qu'il fût devenu créancier des sommes offertes par le retrayant, il n'a pu en transmettre la créance dans sa succession; et elle ne peut, par conséquent, être prétendue par son héritier aux meubles. On m'a opposé que la condamnation a un effet rétroactif à la demande; que le délais de l'héritage, qui est fait au demandeur en retrait après la mort de l'acheteur, doit être censé lui avoir été fait dès le temps de sa demande, et du vivant de l'acheteur; que cet acheteur n'a pu, par conséquent, le transmettre dans sa succession, et qu'il n'a pu y transmettre autre chose que le droit qu'il a d'être remboursé du prix, des loyaux coûts et mises. Ma réponse est, que la maxime opposée n'est établie qu'en faveur du demandeur: ce n'est qu'en sa faveur que le délais de l'héritage est censé lui avoir été fait du jour qu'il a été demandé, en ce sens, qu'on doit lui faire raison des fruits depuis la demande, et de tout ce qu'il aurait eu, si le délais lui eût été fait aussitôt qu'il l'a demandé : ce qui est fondé sur cette raison, qu'il ne doit pas souffrir de la demeure injuste, en laquelle a été le défendeur de satisfaire à sa demande. Mais cette maxime, établie en faveur du demandeur, ne peut être appliquée, dans cette espèce, aux différens héritiers du défendeur à la demande en retrait, puisque ce n'est pas pour eux qu'elle a été établie.

Lorsque l'acheteur, contre qui la demande en retrait a été donnée, n'est mort qu'après le jugement de condamnation, ou même seulement après avoir reconnu le retrait, quoique le délais de l'héritage n'eût pas encore été fait; en ce cas, c'est à son héritier au mobilier que le remboursement du prix, des loyaux coûts et mises doit être fait; le droit en ayant été acquis au défunt par le jugement, ou par l'acceptation qu'il a faite des offres par sa reconnaissance du retrait, il l'a transmis à son héritier aux meubles.

425. De ce que le retrait est le droit de prendre le marché de l'acheteur sur qui il est exercé, il suit de là que le retrayant est censé tenir et avoir acheté directement du vendeur l'héritage par lui retiré, et non de l'acheteur sur qui il a exercé le retrait, quoique ce soit par l'interposition de la personne de cet acheteur que la propriété de

l'héritage a passé de la personne du vendeur en la sienne.

Il suit de là, que le retrayant n'ayant pas pour auteur l'acheteur sur qui il a exercé le retrait, mais ayant pour auteur le vendeur, de qui il est censé avoir acheté l'héritage à la place de l'acheteur sur qui il a exercé le retrait, il n'est point tenu des droits d'hypothèques et autres qui auraient été imposés par l'acheteur avant le retrait sur l'héritage, lesquels s'éteignent par le retrait. Nous traiterons en particulier de cet effet du retrait en l'article suivant.

426. De ce que le retrayant est censé avoir acheté, non de celui sur qui il exerce le retrait, mais du vendeur, il suit aussi que, si le retrayant souffrait éviction de l'héritage qu'il a retiré, il n'aurait contre l'acheteur, sur qui il a exercé le retrait, aucune action de garantie, ni aucune répétition du prix qu'il lui a remboursé; mais il aurait, contre le vendeur, la même action de garantie qu'aurait eue cet acheteur, si ce fût lui qui eût souffert l'éviction, étant, par le retrait, subrogé à tous les droits de cet acheteur, résultans du contrat de vente.

427. Il suit de là, que l'acheteur peut exercer, contre le vendeur, toutes les actions résultantes du contrat de vente, qu'aurait pu exercer l'acheteur sur qui il a exercé le retrait, sans qu'il soit besoin qu'il ait de lui aucune cession desdites actions; car le retrait, en faisant le retrayant acheteur à la place de celui sur qui le retrait est exercé, fait de plein droit passer toutes ces actions de sa personne en celle du retrayant.

428. Il semblerait que toutes les obligations, contractées dans le contrat de vente par l'acheteur sur qui le retrait est exercé, devraient pareillement cesser en sa personne, et passer en celle du retrayant. Néanmoins, nous avons vu ci-dessus, que cet acheteur n'en était pas, par le retrait, libéré à l'égard du vendeur envers qui il les avait contractées, mais qu'il en devait être seulement indemnisé par le retrayant; voyez *suprà*, *n*. 300.

429. Le retrait n'ayant d'autre effet que de subroger le retrayant aux droits de l'acheteur sur qui le retrait est exercé, il suit de là, que le retrayant ne peut avoir plus de droit dans l'héritage retiré, ni par rapport à cet héritage, que n'en avait cet acheteur; et conséquemment que toutes les actions, résultantes des droits retenus par le vendeur dans l'héritage, ou par rapport à l'héritage, qui auraient pu être exercées par le vendeur contre cet acquéreur, peuvent l'être contre ce retrayant. Nous en traiterons en particulier dans l'article troisième.

430. Il suit encore, de ce qui a été dit ci-dessus, que lorsqu'un héritage est retiré par retrait lignager, il n'y a pas deux ventes, mais une seule, qui a d'abord été faite à l'étranger sur qui le retrait est exercé, et ensuite au lignager qui, par le retrait, est subrogé à cet étranger, et devient acheteur à sa place; d'où il suit que l'héritage ne donne lieu qu'à un seul profit. Nous parlerons de ce profit en l'article quatrième.

431. L'effet du retrait étant d'éteindre l'acquisition que l'acheteur étranger, sur qui le retrait est exercé, avait faite de l'héritage, pour la faire passer au retrayant, il s'ensuit qu'on doit faire revivre les droits réels que l'acheteur avait, avant le contrat de vente, dans l'héritage, tels qu'une droit de rente foncière, un droit de servitude, etc., dont il s'était fait confusion par l'acquisition qu'il en avait faite; car l'acquisition, que l'acheteur a faite de l'héritage, étant la cause qui a produit la confusion et l'extinction desdits droits, cette acquisition de l'héritage étant détruite par le retrait, la confusion et l'extinction desdits droits, qui étaient l'effet de cette cause, doivent pareillement être détruites, l'effet ne pouvant avoir plus d'étendue que la cause. C'est pourquoi, il n'est pas douteux que le retrayant sera tenu de souffrir les servitudes que l'acquéreur, sur qui il exerce le retrait, avait sur l'héritage, avant que de l'acquérir, et qu'il sera tenu des rentes foncières, dont l'héritage était chargé envers cet acquéreur avant son contrat d'acquisition.

Dumoulin, *in Cons. Par.* § 20, *gl.* 5, *n.* 41, apporte une exception à cette décision, qui est, que si, par le contrat de vente, les droits réels, qu'avait l'acquéreur dans l'héritage, avaient été estimés à une certaine somme, qui lui eût été passée par le contrat en déduction du prix total de l'héritage, ces droits, en cas de retrait, ne doivent pas revivre; mais le retrayant doit être tenu de rembourser à l'acquéreur la somme à laquelle, par le contrat, les droits de l'acquéreur ont été estimés, et qu'on lui a passés en déduction sur le prix de l'héritage. La raison est, que cette estimation renferme une vente, que cet acquéreur a faite au vendeur, des droits qu'il avait dans l'héritage, pour le prix de cette somme qu'il a reçue en compensation du prix qu'il devait; que le retrait, qui fait passer l'achat de l'héritage de la personne de l'acquéreur en celle du retrayant, ne détruit pas cette vente que l'acheteur a faite des droits qu'il avait dans cet héritage : d'où il suit, que le retrait ne doit pas faire revivre ces droits; mais que celui, sur qui le retrait est exercé, doit seulement être remboursé de cette somme qui lui était due pour le prix desdits droits; et qui, étant venue, jusqu'à due concurrence, en compensation et paiement du prix de l'héritage, doit lui être remboursée par le retrayant, avec le surplus du prix dudit héritage.

Les annotateurs de Duplessis, *édition de* 1699, *page* 283, rejettent cette limitation apportée par Dumoulin. On peut dire, contre cette limitation, que l'acquéreur, sur qui on exerce le retrait, ayant vendu les droits qu'il avait sur l'héritage, par le même contrat par lequel il acquérait l'héritage, ne les a vraisemblablement vendus que parce qu'il acquérait l'héritage, et qu'il ne serait pas indemne, si on l'obligeait à recevoir la somme à laquelle a été portée l'estimation de ces droits, à la place desdits droits, qu'il n'eût pas voulu vendre, s'il n'eût compté avoir l'héritage.

Ajoutez qu'on pourrait, en fraude des retrayans, porter l'estimation de ces droits à une somme excessive : il n'y a personne de trompé en rétablissant les droits que l'acquéreur avait dans l'héritage avant le contrat.

ARTICLE II.

De l'extinction des hypothèques et autres charges réelles imposées par l'acheteur sur l'héritage qui lui est retiré.

432. Nous avons déjà observé, en passant, dans l'article précédent, qu'un des effets du retrait lignager était d'éteindre les droits d'hypothèques, et tous les autres droits réels que l'acheteur, sur qui le retrait est exercé, aurait accordés à des tiers sur cet héritage.

Les raisons sont : 1° Suivant cette règle de droit et du bon sens, *Nemo potest plus juris ad alium transferre quàm ipse haberet; l.* 54, *ff. de Reg. J.*, cet acheteur étranger, sur qui l'héritage est retiré, et qui a imposé ces hypothèques et autres charges sur cet héritage, n'a pu donner à ceux, au profit de qui il les a imposées, un droit plus fort dans cet héritage que celui qu'il avait lui-même : d'où il suit, que le droit de propriété de cet héritage, qu'avait cet acheteur, étant un droit qui était sujet à se résoudre par le retrait lignager, en cas qu'on l'exerçât sur lui, tous les droits d'hypothèques et autres droits réels qu'il a accordés à des tiers sur cet héritage, devaient pareillement être sujets à se résoudre par le retrait. 2° Le droit de l'acquéreur, qui a imposé ces charges, venant à se résoudre sans son fait, elles doivent pareillement se résoudre, suivant la maxime, *Soluto jure dantis, solvitur jus accipientis*, qui n'est que la suite de la règle rapportée ci-dessus. 3° Le retrayant n'acquérant pas de celui sur qui il exerce le retrait, ne l'ayant pas pour son auteur, ne peut être tenu des charges qu'il a imposées.

433. Observez qu'il n'y a que les hypothèques imposées sur l'héritage par l'acquéreur, qui soient éteintes par le retrait. Mais si un créancier de l'acquéreur, qui a prêté de l'argent à l'acquéreur pour payer le prix dû au vendeur, était subrogé à l'hypothèque du vendeur, le retrait ne lui ferait pas perdre cette hypothèque, qui, n'ayant pas été imposée par l'acheteur, mais retenue par le vendeur dans l'aliénation de l'héritage, subsiste nonobstant le retrait; *Arrêt cité dans les notes marginales sur le chapitre quatrième de Duplessis.*

434. Suivant ces principes, quand même les créanciers de l'acheteur auraient saisi réellement, avant la demande en retrait, l'héritage sujet au retrait, cette saisie réelle n'empêcherait pas les lignagers d'exercer le retrait contre l'acquéreur; et le retrayant, en faisant déclarer commun avec le saisissant et les opposans, le jugement d'adjudication de retrait qu'il aurait obtenu contre l'acquéreur saisi, devrait avoir main-levée de la saisie réelle. Mais quoique, par le retrait, les hypothèques des créanciers de l'acheteur s'éteignent, néanmoins, de même que le droit de l'acheteur ne s'éteint qu'à la charge du remboursement du prix et des autres choses que la loi ordonne de rembourser, et que l'acheteur, lorsque l'héritage est en ses mains, n'est tenu de le délaisser au retrayant, qu'autant que le retrayant aura satisfait, à cet égard, à ce que la Coutume exige ; de même, lorsqu'au temps de l'adjudication du retrait, l'héritage se trouve saisi par les créanciers et sous la main de la justice, les hypothèques du créancier saisissant et des créanciers opposans ne s'éteignent qu'à la charge, par le retrayant, de leur rembourser le prix et toutes les autres choses que la loi ordonne de rembourser à l'acheteur. Ce n'est qu'à cette charge qu'ils sont obligés de donner main-levée de leur saisie, et de délaisser au retrayant l'héritage qu'ils tiennent sous la main de la justice.

435. Ce prix et tout ce qui doit être remboursé par le retrayant, doit être distribué, entre ces créanciers, suivant l'ordre de leurs priviléges et hypothèques ; car ces créanciers étant censés tenir sous la main de la justice, chacun selon l'ordre de leurs priviléges et hypothèques, l'héritage saisi, ils doivent recevoir dans le même ordre ce qui est payé par le retrayant pour les obliger à le lui délaisser. Il en doit être du cas auquel on exerce le retrait d'un héritage, pendant qu'il est saisi réellement, comme de celui auquel une rente constituée est rachetée par le débiteur pendant qu'elle est saisie réellement : de même qu'en ce cas le prix du rachat se distribue par ordre d'hypothèques entre les créanciers saisissans et opposans, quoique, par le rachat et l'extinction de la rente, les hypothèques de ces créanciers s'éteignent; de même, dans le cas du retrait, les deniers, qui doivent être remboursés par le retrayant, doivent se distribuer par ordre

d'hypothèques entre les créanciers saisissans et opposans, quoique, par le retrait, les hypethèques, qu'ils avaient sur l'héritage retiré, s'éteignent.

436. Seppesons maintenant que l'héritage, qei a été retiré por le retrait lignager, n'ayant pas été saisi par les créanciers de l'ocheteur, c'est à cet acheteur que le remboursement a été fait : il n'est pas douteux que ceux, qui ont perdu par le retrait les droits réels que l'acheteur leur avait accordés, et qui les avaient acquis de lui à titre onéreux, ont centre lui, en une action de garantie *in id quod interest*, s'il ne leur avait pas fait cennaître que l'héritage était sujet à retrait; ou du meius, s'il le leur avait fait cennaltre, une actien en répétition du prix qu'ils lui ont payé pour les acquérir.

Il y a plus de difficulté dans le cas auquel il leur aurait accerdé ces droits à titre de donatioe, qui est un titre qui ne denne pas lieu à la garantie. Par exemple, supposons que l'acquéreur d'un héritage sujet à retrait, m'ait fait donation d'un dreit de pâturage sur cet héritage, l'héritage ayant été depeis retiré sur lui par le retrait lignager, je demande part dans le prix remboursé par le lignager, à propertien de mon droit de pâturage. Je me fonde sur ce que l'acqéreur, en m'accordant ce droit, à diminué sen dreit de propriété et de domaine de son héritage. Son droit n'est plus un *dominium integrum* de l'héritage; il m'a transféré une partie de ce qui eemposait son domaine, en me dennant ce droit de pâturage : le prix entier de cet héritage, qui lui a été remboursé par le retrayant, ne deit denc pas lui appartenir en entier; j'en dois avoir une partie à proportien du dreit de pâturage que j'ai dans cet héritage, et il faut pour cet effet faire une ventilation.

D'un autre côté, en peut dire, pour l'acheteur, qu'en accerdant ce droit, il n'a entendu me le denner que dans le cas et seus la cendition que l'héritage lui demeurerait, et ne serait pas retiré par les lignagers, et qu'il n'a pas entendu s'ebliger à me faire part de ce qu'il aurait à receveir du retrayant en cas de retrait. Cette seconde epinien me paraît être la plus plausible.

ARTICLE III.

Si le retrayant est tenu de l'entretien des baux à ferme ou à leyer faits par le vendeur ou par l'acheteur.

437. Le retrayant étant, par le retrait, subregé au marché fait par l'acbeteur étranger, il est censé avoir acquis l'héritage aux mêmes elauses et conditiens que cet acheteur. C'est pourquei, si, par le contrat de vente, l'acheteer n'a pas été chargé de l'entretien des baux à ferme ou à leyers faits par le vendeur à des tiers, le retrayant n'en sera pas chargé; au centraire, si l'acheteur en a été chargé par le contrat de vente, le retrayant en sera pareillement chargé.

438. Si c'était l'acheteur qui, au temps du centrat de vente, était le fermier eu locataire de l'héritage, le retrayant serait-il obligé d'entretenir le bail à ferme ou à leyer, qui lui aureit été fait avant le contrat de vente, pour le temps qui en reste à expirer? La raison de deuter est, que ce bail ô ferme ou à loyer, a été détruit par l'acquisitien que ce fermier ou lecataire a faite de l'héritage, *Qnum rei suæ condictio esse non possit* : d'où il suit, qu'on ne peut pas dire que l'entretien de ce bail soit une des elauses ou conditions du marché auquel le retrayant est subrogé. Néanmeins, je pense que si le bail a été fait sans fraude, et avant que les parties eussent eu dessein de faire le contrat de vente qui est intervenu entre elles, le retrayant doit entretenir ce bail. La raisen est, que l'acheteur, sur qui le retrait est exercé, doit être indemnisé, par le retrayant, de tout ce qu'il lui en a coûté pour acheter l'héritage dent en exerce le retrait, *generaliter quantùm abest*. Or, cette acquisition lui ceûte la perte des droits du bail à ferme ou à loyer, qui lui avait été fait de cet héritage avant qu'il l'eût acquis; il deit donc être indemnisé par le retrayant de cette perte; et, comme le retrayant doit indemniser l'acquéreur de la manière la plus parfaite qu'il lui est possible de le faire, et qu'il n'y a pas de manière plus parfaite de l'indemniser de cette perte, qe'en faisant revivre ce bail pour le temps qui en resterait si l'acquéreur n'eût pas fait l'acquisitien, le retrayant deit être obligé envers l'acheteur, sur qui il exerce le retrait, à le faire revivre pour ledit temps.

Si le bail à ferme eu à loyer avait été fait à l'acheteur peu avant le centrat d'acquisition, le bail serait présumé fait en fraude du retrait, et dans la vue d'en rendre la condition plus enéreuse : c'est pourquei le retrayant ne serait pas obligé de l'entretenir. Les Coutumes du Maine, *art.* 433, et de Beurbeenais, *art.* 477, en out une disposition, qui, étant fendée sur une raison évidente d'équité, deit être observée partout. Celle de Bourbennais ajoute : « Autre « chose serait, si par après la moitié du temps « de la ferme, le fermier achetait la terre à lui « acensée, de manière qu'il n'y eût présomption « de fraude; car, en ce cas, le lignager sera « tenu entretenir ledit fermier en sa ferme; » ce qui confirme netre décision précédente. Je penserais que, dans les Coutumes qui ne s'en sont pas expliquées, il suffirait que le bail eût

précédé d'une année l'acquisition, pour qu'il ne fût pas suspect de fraude, à moins qu'il n'y eût d'autres circonstances qui la fissent présumer.

439. A l'égard des baux faits par l'acheteur, il y en a qui pensent que, l'acheteur ne pouvant rien innover pendant l'an du retrait, il ne peut faire de baux au préjudice du retrait, et que le retrayant n'est pas obligé de les entretenir. C'est l'avis de Duplessis, *Traité des retraits, chap.* 4; de Bredeau, sur l'*art.* 146 de Paris, *n.* 4. J'accorde qu'il n'en peut faire par anticipation; mais lorsque la fin du temps de ceux qui subsistent est imminente, et que l'acquéreur ne peut se passer de faire de nouveaux baux, s'il les a faits de bonne foi, sans deniers d'entrée, et pour le temps pour lequel en a coutume de faire les baux, il me paraît que le retrayant, pour l'indemnité de l'acheteur, doit les entretenir. C'est l'avis de Balde, cité par Tiraqueau dans l'espèce du retrait conventionnel. Il dit, pour raison, que le vendeur, en différant d'exercer son droit de réméré, permet à l'acheteur de jouir en attendant, et que la permission de jouir renferme celle d'affermer; un acquéreur ne devant pas être contraint à jouir par ses mains, ce qui souvent ne lui serait pas possible.

ARTICLE IV.

Des droits retenus dans l'héritage, ou par rapport à l'héritage, que le vendeur peut exercer contre le retrayant.

440. Nous avons déjà observé ci-dessus (*article premier, n.* 429), que le retrayant prenant le marché de l'acheteur sur qui il exerçait le retrait, ne pouvait pas acquérir plus de droit dans l'héritage que n'en avait acquis cet acheteur, et qu'il était, en conséquence, sujet aussi bien que lui à toutes les actions que le vendeur aurait pu exercer contre l'acheteur; mais on peut douter s'il en est toujours tenu de la même manière, surtout quant à l'objet de la restitution des fruits.

Par exemple, lorsque l'acquéreur, sur qui le retrait a été exercé, avait acheté l'héritage d'un mineur, il n'est pas douteux que le retrayant doit être sujet à l'action rescisoire qu'a le vendeur, pour rentrer dans l'héritage qu'il a vendu en minorité : mais sera-t-il sujet à la restitution des fruits sous la déduction des intérêts du prix dont le mineur a profité, comme l'acheteur y eût été sujet, suivant la loi 24, § 4, ff. *de minor.*? La raison de douter est, qu'encore bien que le retrayant soit subrogé acheteur à la place de celui sur qui il a exercé le retrait, néanmoins il y a une différence entre eux : celui, qui a acheté du mineur, ne peut se prétendre possesseur de bonne foi; il a acheté d'un mineur qu'il savait n'avoir pas droit de vendre : il est en faute d'avoir acheté de lui; il ne peut donc pas retenir les fruits que les lois n'accordent qu'aux justes possesseurs. Au contraire, le retrayant est un juste possesseur, car son parent mineur ayant vendu son héritage propre, ce retrayant, dans l'incertitude si le vendeur reviendrait ou non contre cette vente, a eu un juste sujet d'en exercer le retrait, pour conserver l'héritage à la famille : il doit donc retenir les fruits qu'il a perçus. Nonobstant cette raison, il faut décider qu'il n'a pas plus de droit de les retenir que celui sur qui il a exercé son retrait. La raison est, que s'étant, par le retrait, rendu acheteur à la place de celui sur qui il l'a exercé, il s'est chargé, en sa place, de toutes les obligations auxquelles il n'a pu ignorer que cet acheteur était sujet à cause de son acquisition. Or, le retrayant sachant que l'acquéreur, sur qui il exerçait le retrait, avait acheté d'un mineur, n'a pu ignorer l'obligation contractée par cet acheteur de rendre l'héritage avec les fruits, lorsqu'il plairait au mineur d'y rentrer, et par conséquent il est chargé en sa place de cette obligation.

441. Cette raison cesse dans le cas auquel l'acquisition de celui sur qui le retrait aurait été exercé, aurait un vice que le retrayant a ignoré. Supposons, par exemple, que cet acquéreur a acheté d'un majeur, mais qu'il a employé le dol ou la violence. On ne peut pas dire, en ce cas, que le retrayant, qui ignorait ce dol ou cette violence, ait entendu, en exerçant le retrait, se charger de l'obligation, en laquelle était l'acheteur, de restituer au vendeur l'héritage avec les fruits, puisque le retrayant ignorait cette obligation. Le retrayant ne peut, à la vérité, se dispenser de rendre l'héritage au vendeur qui ne l'a pas valablement aliéné, le retrait n'ayant pas pu donner au retrayant dans cet héritage un droit de propriété que l'acheteur n'avait pas; mais il semble qu'il ne doive pas être tenu de restituer les fruits qu'il en a perçus de bonne foi, ne s'étant pas, comme dans l'espèce précédente, chargé de cette obligation de l'acheteur sur qui il a exercé le retrait. Néanmoins, il faut décider qu'il est tenu de la restitution de ces fruits, non pas, à la vérité, directement, comme dans l'espèce de l'action rescisoire pour cause de minorité, mais indirectement, en ce qu'il est obligé de compter desdits fruits sous la déduction des intérêts du prix qu'a reçu le vendeur, et d'en souffrir la déduction pour l'excédant, sur la somme que lui rendra le vendeur pour le prix de l'héritage qu'il a reçu de l'acheteur. La raison est évidente. Lorsque le vendeur a fait rescinder la vente qu'il avait faite de son héritage, il n'est débiteur, *condic-*

tione sine causâ, du prix qu'il a reçu pour cette vente, qu'envers l'acheteur de qui il l'a reçu : le remboursement n'en est pas dû au retrayant de son chef, mais seulement en tant qu'il est aux droits de l'acheteur à qui il a remboursé ce prix. Le retrayant ne peut donc pas avoir plus de droit au remboursement de ce prix que n'en aurait l'acheteur, suivant la règle de droit, *Qui alterius jure utitur, eodem jure uti debet*. Or, le vendeur ne doit à l'acheteur le remboursement de ce prix, que sous la déduction des fruits de l'héritage; le retrayant, qui ne fait qu'exercer, à cet égard, les droits de l'acheteur, ne peut donc le prétendre que sous cette déduction.

442. Observez, en passant, que quoiqu'à la rigueur, dans les actions rescisoires, les fruits soient ordinairement dus au demandeur, sous la déduction des intérêts qu'il a touchés, néanmoins très souvent les juges ordonnent la compensation de ces fruits avec les intérêts, pour éviter les discussions auxquelles la liquidation de ces fruits donnerait lieu : ce qu'on doit surtout observer, lorsqu'il paraît qu'il ne doit pas y avoir une grande différence entre ces fruits et les intérêts.

ARTICLE V.

Des profits dus par la vente sur laquelle on a exercé le retrait.

443. Nous avons vu, ci-dessus, que le retrait ne renfermait pas une seconde vente, et qu'il subrogeait seulement le lignager retrayant à la place de l'acheteur sur qui le retrait est exercé, en le rendant acheteur en sa place. Or, si, en cas de retrait, il n'y a qu'une vente, qui d'abord est faite à l'acheteur étranger, et qui ensuite se trouve être faite au lignager, que le retrait met à la place de l'acheteur étranger, c'est une conséquence qu'il n'est dû qu'un seul profit; et c'est le contrat de vente qui le produit, aussitôt que le contrat est parfait, et c'est l'acheteur étranger qui en est le débiteur. Mais comme ce n'est qu'en sa qualité d'acheteur qu'il est débiteur de ce profit, dès que, par le retrait, cette qualité d'acheteur cesse en sa personne, et passe en celle du retrayant, cet acheteur étranger cesse d'être débiteur de ce profit, et le retrayant en devient le débiteur à sa place.

444. De là il suit, 1° que le seigneur peut bien, avant le retrait, demander le profit à l'acheteur étranger; mais, aussitôt que le retrait a été adjugé, il ne peut plus le demander à cet acheteur étranger, qui, en cessant d'être acheteur, a cessé d'en être le débiteur; il ne peut plus le demander qu'au retrayant, qui, en devenant l'acheteur, est devenu aussi le débiteur du profit.

445. Il n'en est pas de même de l'amende pour ventes recélées; amende que l'acheteur a encourue faute d'avoir notifié au seigneur de censive son acquisition, dans le temps prescrit par les Coutumes. Quoique le retrait soit exercé sur lui, il ne cesse pas d'être débiteur de cette amende; car le retrait détruit bien en sa personne l'achat qu'il a fait de l'héritage, pour lequel achat il devait le profit; mais il ne détruit pas son recel, et la faute qu'il a commise envers le seigneur : il n'en a pas même la répétition contre le retrayant, qui ne doit pas souffrir du délit ou quasi-délit de l'acheteur. Ainsi le décide Tiraqueau, § 29, *gl.* 2, § 9.

446. De ce que l'acquéreur, sur qui le retrait s'exerce, cesse, par le retrait, d'être débiteur du profit, il suit, 2° que si le seigneur, avant le retrait, a donné contre l'acheteur une demande en paiement du profit, et fait des poursuites sur cette demande, et que, pendant le cours de ces poursuites, l'héritage ait été retiré, cet acheteur, en dénonçant au seigneur l'adjudication du retrait, doit être renvoyé de ces poursuites, sauf au seigneur à se pourvoir contre le retrayant : mais l'acheteur doit être condamné envers le seigneur aux dépens faits avant la dénonciation de l'adjudication du retrait; car la demande du seigneur ayant été donnée, contre cet acheteur, dans un temps auquel cet acheteur était le débiteur du profit, elle a été bien donnée; les poursuites faites sur cette demande ont été bien faites : l'acheteur en doit donc les dépens; sauf que s'il les a dénoncées au retrayant, il doit être acquitté par le retrayant des dépens faits depuis la dénonciation.

447. De là il suit, 3° que si le seigneur, avant le retrait, a reçu de l'acheteur le profit, cet acheteur ne peut le répéter du seigneur; car le profit, que le seigneur a reçu, lui était véritablement dû : mais il peut s'en faire rembourser par le retrayant.

448. De là naît une question. Lorsqu'un lignager qui, par le privilége de son office ou de sa dignité, est exempt des profits pour les acquisitions qu'il fait dans les mouvances du roi, exerce le retrait sur un acquéreur qui n'a pas un semblable privilége, et qui avait déjà payé le profit de son acquisition au fermier du domaine; le retrayant, qui a été obligé de le rembourser à l'acheteur, peut-il le répéter contre le fermier? On peut dire, pour le fermier, que si le profit n'avait pas été payé, le fermier ne pourrait, à la vérité, s'en faire payer ni par l'acheteur, qui, par le retrait, a cessé d'être acheteur, ni par le retrayant, qui, par son privilége, en est exempt; mais que, le profit ayant été payé, le fermier, qui l'a reçu dans un temps auquel ce profit lui

était effectivement dû, ne peut être sujet à aucune répétition. Néanmoins il faut décider que le fermier doit, en ce cas, rendre le profit au retrayant privilégié. La raison est, que ce lignager privilégié devenant, par le retrait, acquéreur d'un héritage dans les mouvances du roi, doit jouir du privilége qu'il a d'être exempt de profit pour toutes ses acquisitions dans lesdites mouvances; qu'en ce cas, ayant été obligé de rembourser à celui, sur qui il a exercé le retrait, le profit qu'il a payé, il ne jouirait pas de son privilége, s'il n'avait pas la répétition contre le fermier : la vente, pour laquelle ce fermier a reçu le profit, doit bien plutôt être considérée faite au retrayant privilégié, qu'à l'acheteur, qui, par le retrait exercé sur lui, se trouve n'avoir été qu'un acheteur momentané. Ainsi cette vente est une vente exempte de profit; conséquemment celui, que le fermier a reçu pour cette vente, doit être rendu. Il est vrai que l'acheteur, sur qui le retrait a été exercé, a été, avant le retrait, débiteur du profit, et qu'il l'était lors du paiement qu'il en a fait; mais la cause, pour laquelle il était débiteur de ce profit, qui était sa qualité d'acheteur, étant une cause qui n'a pas duré, et qui a été détruite par le retrait, il doit y avoir lieu à la répétition du profit, par l'action qu'on nomme en droit *condictio sine causâ*, qui a lieu non seulement au cas auquel *sine causâ datum aut solutum est*, mais aussi au cas auquel *causa propter quam datum est, finita est, l.* 1, § 1 et 2, ff. *de condict. sine causâ*, voyez sur ces questions, *suprà*, chap. 9, art. 3.

449. 4° Il suit de nos principes, que, lorsque c'est le seigneur, de qui l'héritage relève, qui est l'acheteur sur qui le retrait s'exerce, la vente, qui n'aurait donné ouverture à aucun profit, si le seigneur fût demeuré acheteur, y donne ouverture; et le retrayant, qui, par le retrait, devient acheteur, doit le payer au seigneur, sur qui il exerce le retrait. Tiraqueau, § 29, *gl.* 2, *n.* 9 *et* 10, est de cet avis.

450. 5° Il suit des mêmes principes, que quoique, par le retrait, le retrayant devienne le débiteur du profit à la place de l'acheteur sur qui le retrait est exercé, néanmoins c'est à celui qui était le fermier des droits seigneuriaux, au temps du contrat de vente, que le profit est dû, et non à celui qui est fermier au temps du retrait; car le profit, dont le retrayant devient le débiteur, est le profit que le contrat de vente a fait naître. Le retrait ne fait naître aucun profit; il ne fait que changer la personne du débiteur de celui que le contrat de vente a fait naître, en rendant le retrayant débiteur de ce profit, à la place de l'acheteur sur qui le retrait est exercé, qui en avait d'abord été le débiteur.

ARTICLE VI.

De la qualité qu'a l'héritage retiré par retrait lignager, soit par rapport à la communauté conjugale du retrayant, soit par rapport à sa succession, ou celle de ses héritiers.

§ I. DE LA QUALITÉ QUE L'HÉRITAGE A PAR RAPPORT À LA COMMUNAUTÉ CONJUGALE.

451. Le droit de retrait lignager étant le droit qu'a un lignager de se rendre acheteur des héritages vendus par son parent à un étranger, à la place de cet acheteur étranger, c'est une conséquence que l'héritage, qu'un lignager a retiré par retrait lignager, est un héritage qu'il a acquis à titre d'achat, et par conséquent un acquêt.

452. De là, il semblerait suivre que, si l'un des deux conjoints par mariage, étant en communauté de biens, a exercé, pendant cette communauté, un retrait lignager, l'héritage retiré devrait tomber dans cette communauté, puisque cet héritage est un acquêt que le retrayant a fait durant la communauté, dans laquelle entrent tous les acquêts faits par l'un ou par l'autre des conjoints pendant qu'elle dure. Néanmoins, il faut décider que l'héritage, retiré par le retrait lignager durant la communauté; ne tombe pas dans la communauté, mais qu'il est propre de communauté à celui des conjoints qui l'a retiré. La raison est, que le principe, qui fait entrer dans la communauté les acquêts faits par l'un ou par l'autre des conjoints pendant qu'elle dure, souffre exception à l'égard de ceux qui se font en vertu d'un titre ou d'un droit qui n'est pas cessible, ni, par la même raison, communicable : or tel est le droit de retrait lignager. Nous avons vu que c'est un droit qui est personnel aux lignagers, qui n'est pas cessible, et que les lignagers ne peuvent exercer que pour leur propre compte, et non pour celui d'aucun étranger. Le lignager, qui l'exerce durant la communauté, ne peut donc l'exercer que pour son compte personnel, et non pour le compte de sa communauté; l'héritage, retiré par retrait lignager, quoique durant la communauté, ne peut donc pas tomber dans la communauté; mais il est propre à celui des conjoints qui a exercé le retrait. Notre Coutume d'Orléans, *art.* 382, en a une disposition. Elle dit : « Si le mari, à « cause de sa femme, retrait quelque héritage, « il est fait PROPRE d'icelle femme. » Par la même raison, si le mari retire de son chef quelque héritage, il est fait propre du mari.

453. Observez que, chacun des conjoints étant débiteur envers la communauté des sommes qui en ont été tirées pour ses affaires particulières, celui des conjoints, qui a exercé le retrait lignager durant la communauté, est débiteur,

envers la communauté, de la somme qu'il en a tirée, et doit en faire raison à l'autre conjoint pour la part qu'il y a.

C'est pourquoi notre Coutume d'Orléans, en l'*art.* 382, ci-dessus cité, décide que, lorsqu'il a été fait, pour la femme, un retrait lignager durant la communauté, elle ou ses héritiers ont bien le droit de retenir l'héritage retiré par retrait lignager, cet héritage lui étant propre, et n'étant pas tombé dans la communauté; mais ce n'est qu'à la charge de rembourser le mari ou ses héritiers de la moitié du sort principal qui aura été payé pour ledit héritage, et des loyaux coûts et mises.

La Coutume accorde au conjoint, pour s'acquitter de cette dette, le terme d'un an *depuis le trépas d'un des conjoints*, ou depuis la dissolution de la communauté, si elle a continué après ledit trépas.

454. Suivant un principe de la matière de la communauté conjugale (*Introd. au titre de la communauté, de la Coutume d'Orléans, n.* 119), le conjoint ne devant récompense à la communauté des sommes qu'il en a tirées pour ses affaires particulières, que jusqu'à concurrence du profit que lui ont produit les affaires, pour lesquelles elles ont été tirées, il suit de là que, lorsqu'un conjoint a tiré des sommes de la communauté, pour exercer le retrait d'un héritage vendu par son parent, le retrait ne lui ayant procuré autre chose que l'héritage par lui retiré, il ne doit pas être tenu de la récompense au-delà. C'est pourquoi, pour se décharger envers la communauté de la récompense des sommes qu'il en a tirées pour le retrait de l'héritage, il peut abandonner l'héritage à la communauté : c'est ce qu'il est censé avoir fait, lorsqu'il a laissé passer l'année sans s'acquitter de cette récompense. Ainsi, en ce cas, cet héritage, retiré par retrait lignager, est compris au partage des biens de la communauté, comme étant censé abandonné à la communauté par le conjoint lignager, pour se décharger envers elle de la récompense qu'il lui devait.

Il n'en serait pas de même, si le conjoint avait exercé le retrait lignager avant le mariage, et qu'il eût payé le prix, des deniers de la communauté, durant le mariage. (*Finge* pour cela, que, lors du retrait, le vendeur avait bien voulu accepter le retrayant pour débiteur, à la place de l'acquéreur, sur qui le retrait avait été exercé.) Dans ce cas, le conjoint, lors de la dissolution de la communauté, est tenu précisément à faire raison à la communauté de la somme qu'il en a tirée, pour payer le prix de cet héritage, et il ne serait pas admis à vouloir laisser l'héritage à la communauté pour s'en décharger; dans cette espèce, il n'a pas tiré cette somme de la communauté pour exercer un retrait, mais pour payer une dette dont il était tenu dès avant son mariage; et il profite de la somme entière, puisqu'il est libéré d'autant.

§ II. DE LA QUALITÉ QU'A L'HÉRITAGE RETIRÉ PAR RETRAIT LIGNAGER DANS LA SUCCESSION DU RETRAYANT.

455. La cause principale de l'acquisition, qu'a faite le lignager, de l'héritage qu'il a retiré par droit de retrait lignager, étant la vente qui a été faite de cet héritage par son parent à un étranger, au marché duquel il a été subrogé, et ce lignager tenant, par conséquent, cet héritage à titre d'achat, on ne peut disconvenir que cet héritage ne soit un acquêt : c'est pourquoi, il semblerait que, lorsque le retrayant meurt laissant différens héritiers, les uns à ses meubles et acquêts, les autres aux propres, la succession de cet héritage devrait appartenir à l'héritier aux acquêts.

Mais la vue que se sont proposée les Coutumes, en établissant le droit de retrait lignager, est de conserver les héritages dans les familles. Cette vue se trouverait frustrée, si l'héritage, retiré par droit de retrait lignager, passait, dans la succession du retrayant, à des héritiers aux meubles et acquêts de ce retrayant, étrangers à la famille d'où procède l'héritage retiré par retrait lignager : d'ailleurs cet héritage, quoique principalement acquêt, tient pourtant, en quelque chose, de la nature et qualité d'héritage propre de la famille d'où il procède, puisque le droit de retrait lignager, qui est un droit *sanguinis et familiæ*, a été, sinon la cause principale, au moins la cause *concurrente* qui a rendu le lignager propriétaire de cet héritage, en lui faisant donner la préférence sur l'acheteur étranger. Voilà pourquoi les Coutumes de Paris, *art.* 139, et d'Orléans, *art.* 183, ont jugé à propos de déférer la succession de cet héritage aux héritiers aux propres de la famille d'où il procède, à l'exclusion des héritiers aux meubles et acquêts : elles ne l'accordent, néanmoins, que sous certaines conditions et avec certains tempéramens, pour dédommager l'héritier aux acquêts du droit qu'il pourrait prétendre à cette succession.

456. Les Coutumes de Paris et d'Orléans s'expliquent différemment sur ces conditions. Celle de Paris, *art.* 139, dit que l'héritage doit appartenir à l'héritier des propres, en rendant dans l'an et jour du décès, aux héritiers des acquêts, le prix dudit héritage. Celle d'Orléans ajoute, avec *les loyaux coûts et mises*.

457. Ce droit, que les Coutumes de Paris et d'Orléans accordent aux héritiers aux propres, a paru, à quelques auteurs, une espèce de droit

de retrait lignager, et que, comme le retrait ordinaire subroge le lignager à l'acheteur étranger, pour le rendre acheteur en sa place; de même celui-ci subroge l'héritier de la ligne aux héritiers aux acquêts pour succéder en sa place. Mais cette idée n'est pas juste; car l'héritier aux propres qui satisfait à ce qui est prescrit par les Coutumes, est saisi par le défunt de sa succession, suivant la règle, *Le mort saisit le vif.* Il succède directement au défunt. On ne peut donc pas dire qu'il retire cette succession sur l'héritier aux acquêts, à qui elle n'a jamais appartenu.

458. Jusqu'à ce que l'héritier aux propres satisfasse au remboursement ordonné par la Coutume, la succession de cet héritage est en suspens. Comme l'héritage est principalement acquêt, et qu'il n'est réputé propre, et comme tel, déféré à l'héritier aux propres que sous la condition que l'héritier aux propres rendra à l'héritier aux acquêts ce qu'il en a coûté au défunt pour l'acquérir, et qu'il effacera, en quelque façon, par cette restitution, la qualité d'acquêt; tant que l'héritier aux propres ne se met pas en devoir de satisfaire à cette condition, l'héritage doit passer pour acquêt, l'héritier aux acquêts peut s'en mettre en possession; et si l'héritier aux propres ne satisfait pas à la Coutume dans l'an, l'héritier aux acquêts en demeure héritier définitivement et irrévocablement.

Au contraire, si l'héritier aux propres satisfait, dans le temps, en remboursant l'héritier aux acquêts, ou consignant sur son refus, l'héritier aux propres peut de lui-même se mettre en possession de l'héritage, si l'héritier aux acquets ne s'y est pas encore mis : mais si l'héritier aux acquêts se trouvait en possession, l'héritier aux propres doit l'assigner pour délaisser l'héritage, et les fruits qu'il en a perçus : cette pétition est celle *de pétition d'hérédité.*

459. Il peut y avoir quelques difficultés à l'égard des fruits perçus par l'héritier aux acquêts, avant que l'héritier aux propres se soit présenté. Les annotateurs de Duplessis disent qu'il est certain qu'ils appartiennent à l'héritier aux acquêts, *et que la déclaration de l'héritier aux propres n'a point d'effet rétroactif au jour du décès.* Je crois, au contraire, qu'il est certain qu'elle a un effet rétroactif au jour du décès; car tous conviennent que c'est à titre de succession que les Coutumes de Paris et d'Orléans défèrent cet héritage à l'héritier aux propres du retrayant. Or, suivant le principe de notre droit français, *Le mort saisit le vif,* on ne peut supposer l'héritier aux propres succéder à cet héritage, qu'on ne suppose qu'il a été saisi par le défunt, et qu'il a succédé à cet héritage dès l'instant de la mort du défunt. Il faut donc nécessairement, que la déclaration, qu'il a faite, qu'il a entendu succéder, ait un effet rétroactif au temps du décès. L'héritier aux acquêts est censé, au contraire, n'y avoir jamais succédé, et n'avoir eu aucun titre pour le posséder; et non seulement il a possédé cet héritage sans titre, mais il n'a pu ignorer celui de l'héritier aux propres, dans le cas auquel cet héritier satisferait à la Coutume, et par conséquent il ne peut lui refuser les fruits.

Tout ce que l'héritier aux acquêts peut prétendre, c'est que l'héritage retiré n'étant réputé propre que sous la déduction du prix pour lequel il a été retiré, et sa succession n'en étant déférée à l'héritier aux propres, qu'à la charge de rembourser ce prix, il ne peut prétendre la restitution des fruits que sous la déduction des intérêts de ce prix, depuis le décès du défunt jusqu'au remboursement, ou jusqu'à ses offres réelles de le rembourser. Cela paraît juste.

460. L'héritage retiré étant, dans la succession du retrayant, considéré comme propre, à la charge que l'héritier aux propres remboursera l'héritier aux acquêts, il s'ensuit que, si le retrayant a fait un légataire universel, l'héritier aux propres peut retenir les quatre quints en nature de cet héritage; et il doit délaisser au légataire universel le quint seulement dudit héritage, et les quatre cinquièmes de ce qu'il en a coûté au défunt pour avoir ledit héritage, dont il retient les quatre quints; ce légataire étant, à cet égard, aux droits de l'héritier aux acquêts.

461. Si l'héritier aux propres avait remboursé en total l'héritier aux acquêts, avant la demande en délivrance des legs du légataire universel, ce légataire universel ne pourrait prétendre la délivrance du quint de cet héritage, qu'en remboursant, à l'héritier aux propres, la cinquième partie de ce qu'il a payé à l'héritier aux acquêts, sauf à ce légataire universel à la répéter contre cet héritier aux acquêts.

462. L'héritier aux propres ne succédant à l'héritage retiré par le défunt, qu'à la charge de rembourser l'héritier aux acquêts du prix qu'il en a coûté au défunt, il suit aussi de là, que, dans la contribution des dettes de la succession, qui est à faire entre lui et l'héritier aux acquêts, il ne doit être tenu des dettes, qu'à raison de ce que cet héritage se trouvera valoir de plus, lors de l'ouverture de la succession, que ce qu'il a coûté au défunt.

463. Ce droit, qu'a l'héritier aux propres du retrayant, de succéder à l'héritage retiré par retrait lignager, comme à un propre, à l'exclusion de l'héritier aux acquêts, est accordé à l'héritier aux propres de la ligne d'où cet héritage procède, et en sa qualité d'héritier aux propres.

De là il suit, 1° que si les plus proches parens

du côté et de la ligne d'où l'héritage procède, ont accepté la succession aux propres du retrayant, dans laquelle se trouvent d'autres propres que l'héritage retiré par le retrait lignager, et qu'ils ne veuillent pas user du droit que la Coutume leur accorde de succéder à l'héritage retiré par le défunt, en remboursant ce qu'il a coûté au défunt, les parens du défunt de la ligne d'où cet héritage procède, qui sont en degré plus éloigné, ne peuvent pas, sur le refus de ces plus proches parens, prétendre succéder à cet héritage; car, quoiqu'ils soient parens de la ligne d'où cet héritage procède, ils ne sont pas les héritiers aux propres de cette ligne, puisqu'il y a des parens de cette ligne en plus proche degré qu'eux, qui ont accepté la succession. Or, le droit de succéder à cet héritage à l'exclusion de l'héritier aux acquêts, n'est pas accordé indéfiniment à tous les parens de cette ligne, mais à l'héritier aux propres; c'est ce qui résulte de ces termes des Coutumes, *doit appartenir à l'héritier des propres de ladite ligne*.

464. Si les plus proches parens de cette ligne n'acceptaient pas la succession, *putà*, parce que, dans la succession du retrayant, il ne se trouvait pas d'autres propres de cette ligne, les parens du degré suivant pourraient les sommer de prendre qualité dans les quarante jours depuis la clôture de l'inventaire; et, faute par eux de vouloir l'accepter, ils pourraient être admis à cette succession en leur place, *et sic deinceps* de degré en degré.

465. Celui, qui est héritier en partie aux propres de la ligne, a qualité suffisante pour exclure pour le total l'héritier aux acquêts, et pour se mettre en possession de l'héritage retiré par le défunt, en remboursant l'héritier aux acquêts. Ses cohéritiers aux propres pourront, en lui faisant raison, pour leur part, de ce qu'il a remboursé, partager avec lui cet héritage; sinon cet héritage lui demeurera, pour le total, à titre de succession.

466. 2° Il suit de notre principe, qu'encore bien que notre Coutume d'Orléans, qui est souchère en matière de retrait, et ne l'est pas en matière de succession, n'accorde le droit de retrait lignager qu'aux parens qui sont descendus du premier acquéreur qui a mis l'héritage dans la famille, et non aux collatéraux; néanmoins, l'héritier aux propres du retrayant, du côté d'où l'héritage retiré procède, peut, suivant la disposition de cette Coutume, quoiqu'il ne soit pas descendu, mais seulement collatéral de celui qui l'a mis dans la famille, succéder à cet héritage, à l'exclusion de l'héritier aux acquêts, en satisfaisant à la Coutume; car la Coutume n'exige autre chose pour cette succession, sinon qu'il soit l'*héritier aux propres*.

467. L'héritier aux propres du retrayant de la ligne d'où l'héritage retiré procède, a le droit d'y succéder à l'exclusion de l'héritier aux acquêts, quand même cet héritier aux acquêts, outre la parenté qui le rend héritier aux acquêts, se trouverait encore être aussi parent de cette ligne, mais dans un degré plus éloigné : car les Coutumes, par cette disposition, ne se sont pas seulement proposé d'empêcher que l'héritage ne sortît de la famille à la mort du retrayant; elles ont voulu qu'on succédât à cet héritage comme à un propre, afin que, désormais, il ne puisse plus être transmis par succession, qu'à des héritiers de la ligne d'où il procède.

468. Il y a lieu de penser que, dans la Coutume de Paris, l'héritier aux propres, pour succéder à l'héritage retiré par le défunt, n'est obligé à autre chose qu'à rendre, à l'héritier aux acquêts, le prix pour lequel l'héritage a été vendu à l'acheteur sur qui le défunt l'a retiré; et qu'il n'est pas obligé, dans cette Coutume, de le rembourser des loyaux coûts de l'acquisition que le défunt a été obligé de rembourser à l'acheteur, ni encore moins des frais du retrait faits par le défunt, ni enfin des impenses faites par le défunt sur l'héritage. C'est l'avis de Duplessis, *Traité des retraits, chap.* 9. La raison est que la Coutume de Paris, *art.* 139, disant simplement, *en rendant..... le prix dudit héritage*, elle ne l'assujettit qu'à la restitution du prix.

469. Au contraire, notre Coutume d'Orléans oblige expressément l'héritier aux propres à rendre à l'héritier aux acquêts le prix de l'héritage, *avec les loyaux coûts et mises*; ce qui comprend tant les loyaux coûts que le défunt a été obligé de rembourser à l'acheteur, sur qui il a exercé le retrait, que les frais qu'il a été obligé de faire lui-même pour le retrait; et tant les mises faites par celui sur qui le retrait a été exercé, et que le défunt a été obligé de lui rembourser, que celles faites par le défunt lui-même, et non seulement les mises nécessaires, mais même les utiles.

470. A l'égard des dégradations faites par le défunt sur l'héritage, il y en a de deux espèces : il y a des dégradations qui produisent de l'argent, comme lorsque le défunt a vendu une futaie; il n'est pas douteux que la somme, que ces dégradations ont produite au défunt, doit venir en déduction du prix qui doit être remboursé à l'héritier aux acquêts. Par exemple, si le prix de l'héritage, que le défunt a retiré, était de 10,000 livres, et que, depuis le retrait, le défunt ait vendu une haute futaie pour la somme de 2,000 livres, on ne doit rendre à l'héritier aux acquêts que 8,000 livres; car, le défunt ayant reçu une somme de 2,000 livres pour

prix de cette futaie, il est vrai de dire que l'héritage ne coûtait plus au défunt que la somme de 8,000 livres.

A l'égard des dégradations, que le défunt a faites sans en profiter, comme s'il a arraché de bonnes vignes pour agrandir son jardin, l'héritier aux propres ne peut prétendre qu'il lui soit fait, pour raison desdites dégradations, aucune déduction sur le prix qu'il doit rembourser à l'héritier aux acquêts. Le défunt a été en droit de faire ces dégradations, et de mésuser de son héritage dont il avait la pleine propriété : son héritier aux propres ne peut pas s'en plaindre.

Ces dégradations peuvent seulement, dans notre Coutume d'Orléans, venir en compensation jusqu'à due concurrence des améliorations que le défunt aurait faites sur l'héritage, et dont l'héritier aux acquêts demanderait le remboursement, car un héritage n'est amélioré que sous la déduction de ce dont il est d'ailleurs dégradé.

471. Les Coutumes de Paris et d'Orléans veulent que l'héritier aux propres, pour succéder à l'héritage retiré, fasse, *dans l'an et jour du décès*, le remboursement qu'elles ordonnent, c'est-à-dire dans l'an, non compris le jour du décès. Ce temps est fatal, ainsi que tous les commentateurs en conviennent. C'est pourquoi, si, dans ledit temps, l'héritier aux propres n'a pas rendu le prix à l'héritier aux acquêts, ou consigné sur son refus, il est, de plein droit, déchu du droit de succéder à cet héritage.

Ce temps est continu; il court même pendant le temps que l'héritier aux acquêts jouit du délai accordé par l'Ordonnance, pour délibérer; après ce délai expiré, l'héritier aux propres doit le poursuivre, pour qu'il prenne qualité, et pour qu'il reçoive le remboursement; et s'il ne le reçoit pas, il faut consigner.

472. Il reste une question, qui est de savoir si la disposition des Coutumes de Paris et d'Orléans, qui appellent l'héritier aux propres à la succession de l'héritage que le défunt a retiré par retrait lignager, doit être étendue au cas auquel le défunt aurait acquis l'héritage propre de son lignager. La raison de douter est, que l'héritage propre, que j'ai acquis de mon parent directement, n'est pas moins réputé propre en matière de retrait lignager, et, comme tel, sujet au retrait, lorsque je le revends, que celui que j'aurais retiré par le retrait lignager. Donc *à pari*, dans ma succession, il ne doit pas moins être réputé propre, sous les conditions portées par les Coutumes, que celui que j'ai retiré par retrait lignager. La raison de décider au contraire, est que les dispositions coutumières sont de droit étroit, et ne doivent pas être étendues d'un cas à un autre. Ainsi on ne peut tirer aucun argument du retrait lignager aux successions; d'ailleurs, les raisons, qui ont pu porter les Coutumes à déférer à l'héritier aux propres la succession de l'héritage, que le défunt a retiré par retrait ligoager, sont, que le droit de retrait lignager, qui est *jus sanguinis et familiæ*, a été, sinon la cause principale, au moins une cause concurrente qui a rendu le défunt propriétaire de l'héritage qu'il a retiré; que cet héritage n'est donc pas tellement acquêt, qu'il ne tienne aussi beaucoup de la qualité de propre, par rapport à cette cause qui a concouru à en rendre le défunt propriétaire. Or, cette raison ne reçoit aucune application à l'égard d'un héritage, que le défunt aurait acquis directement de son parent, l'héritage, ainsi acquis, ne pouvant être, sous aucun respect, considéré comme advenu *jure sanguinis et familiæ*, ni par conséquent comme propre.

§ III. DE LA QUALITÉ DE L'HÉRITAGE RETIRÉ PAR RETRAIT LIGNAGER, DANS LES SUCCESSIONS DES HÉRITIERS DU RETRAYANT.

473. Lorsque le retrayant a laissé différens héritiers, les uns aux propres de la ligne d'où l'héritage retiré procédait, les autres aux meubles et acquêts; si c'est l'héritier aux propres qui y a succédé, il est censé y avoir succédé comme à un ancien propre de la famille d'où cet héritage procédait : cet héritage ne tient plus, en la personne de cet héritier, rien de la qualité d'acquêt qu'il avait eue en celle du défunt. Cette qualité a été entièrement effacée par le remboursement qui a été fait à l'héritier aux acquêts : cet héritage est donc, dans la personne de cet héritier, un ancien propre de la famille, d'où il procédait anciennement, et ce seront ses héritiers aux anciens propres de cette famille, qui y succéderont.

Au contraire, si c'est l'héritier aux acquêts qui a succédé à cet héritage, cet héritage est perdu pour la famille d'où il procédait : cet héritier aux acquêts ayant succédé à cet héritage, comme à un acquêt du défunt, cet héritage sera, dans sa personne, un propre naissant, qui ne remontera pas plus haut qu'à la personne du retrayant, qui l'a acquis; et, dans la succession de cet héritier, ce seront ses parens du côté du retrayant qui y succéderont, quoique étrangers à la famille d'où ce propre procédait anciennement.

474. Lorsque l'héritier du retrayant réunissait la qualité d'héritier aux meubles et acquêts, et celle d'héritier aux propres de la ligne d'où procédait l'héritage retiré par le défunt, comme lorsque c'est le fils du retrayant qui lui a succédé, il est censé avoir succédé à cet héritage comme à un propre de cette ligne, et avoir fait confusion sur lui-même, de l'obligation que la

Coutume impose à l'héritier aux propres de rembourser l'héritier aux acquêts. C'est pourquoi, dans la succession de cet héritier, l'héritier aux propres de la ligne d'où procède anciennement cet héritage, y succédera sans être obligé de faire aucun remboursement à l'héritier aux propres naissans. *Arrêt cité par Livonière en ses notes sur Dupineau.*

CHAPITRE XII.

Comment s'éteint le droit de retrait lignager; des fins de non recevoir, et des exceptions qui peuvent être opposées contre ce droit.

475. Le droit de retrait lignager, auquel la vente d'un héritage propre, faite à un étranger, a donné ouverture, s'éteint par le retour de cet héritage à la famille, ou par la destruction de l'héritage. Les fins de non recevoir, qu'on peut opposer contre le retrait lignager, sont la prescription annale, ou la prescription trentenaire.

§ I. DU RETOUR A LA FAMILLE.

476. Dans les Coutumes, qui appellent au retrait les lignagers indistinctement, et n'accordent d'autre préférence entre eux, que celle qui résulte de la diligence à donner le premier la demande, telles que sont les Coutumes de Paris, d'Orléans, et beaucoup d'autres, il ne peut être douteux que le droit de retrait lignager, auquel avait donné ouverture la vente d'un héritage propre faite à un étranger, s'éteint, lorsqu'*avant aucune demande en retrait lignager*, cet héritage est retourné dans la famille; soit qu'il soit retourné au vendeur, soit qu'il ait passé à quelqu'un de la famille, sans qu'il importe à quel titre. La raison est, que, dans ces Coutumes, le droit de retrait lignager n'appartenant à aucune personne déterminée de la famille, jusqu'à ce qu'elle se soit approprié ce droit, *veluti quodam occupationis jure*, par une demande en retrait qu'elle aurait donnée, mais appartenant indéterminément à la famille, cette famille ne peut plus avoir le droit de retrait d'un héritage qui, après en être sorti, y est rentré, et qu'elle se trouve avoir par-devers elle.

477. Mais, si l'héritage, à l'égard duquel le droit de retrait était ouvert, n'est retourné au vendeur, ou passé à quelque autre de la famille, qu'après une demande en retrait donnée par un lignager, ce retour de l'héritage à la famille ne peut préjudicier au droit de retrait, que ce demandeur s'est approprié par la demande qu'il a donnée.

478. Si l'acheteur étranger avait revendu l'héritage au vendeur, mais ne lui eu avait pas encore transféré la propriété par une tradition réelle ou feinte, la demande, donnée par un lignager, contre l'acheteur étranger dans le temps intermédiaire, serait-elle valablement donnée? Oui; car cet acheteur étranger étant encore, lors de la demande en retrait lignager, le propriétaire de l'héritage, l'héritage n'étant pas encore retourné à la famille, le droit de retrait lignager n'était pas éteint, et le demandeur était encore à temps de s'approprier ce droit par la demande qu'il a donnée.

479. A l'égard des Coutumes, qui accordent aux parens les plus prochains le retrait lignager, sur les plus éloignés qui auraient exercé le retrait avant eux, ou même qui auraient acheté directement l'héritage; le retour de l'héritage à la famille, par l'acquisition qu'en a faite un parent éloigné, n'éteint pas le droit de retrait : il ne doit pas être au pouvoir de l'acheteur étranger, en faisant passer l'héritage à un parent éloigné, de frustrer les parens plus proches, du droit de retrait lignager que la loi leur accorde préférablement aux plus éloignés.

§ II. DE L'EXTINCTION DE L'HÉRITAGE.

480. Il n'est pas douteux que le droit de retrait s'éteint, lorsque l'héritage, dont la vente lui avait donné ouverture, est tellement péri, qu'il n'en reste plus rien; comme lorsque la rivière a emporté entièrement un pré qui avait été vendu.

481. Si cette perte était arrivée par une faute lourde de l'acquéreur, le lignager pourrait-il exercer le retrait de cet héritage qui n'existe plus, à l'effet de profiter de l'avantage du marché, et de faire condamner l'acquéreur à lui payer ce que cet héritage, si la rivière ne l'eût pas emporté, vaudrait de plus qu'il n'a coûté à l'acheteur pour l'acquérir? La raison de ce doute est, que nous avons vu ci-dessus que l'acheteur était tenu, vis-à-vis les lignagers, de cette espèce de faute, *suprà, n.* 416 *et suiv.* La raison de décider, au contraire, me paraît être, que le droit

de retrait n'a été accordé aux lignagers, que pour conserver dans la famille les héritages, lorsqu'ils sont vendus hors de la famille; la fin de profiter du bon marché ne peut être qu'une fin accessoire à cette fin principale, qui ne peut seule servir de fondement au retrait. Cette fin de conserver l'héritage dans la famille, cesse de pouvoir avoir lieu, lorsqu'il ne subsiste plus : le droit de retrait ne peut donc plus subsister.

Il en serait autrement, si cette faute n'avait été commise par l'acheteur, que depuis qu'il a été mis en demeure de délaisser l'héritage au retrayant; car sa demeure l'oblige à dédommager le retrayant de ce qu'il souffre ou manque de gagner par la demeure.

482. Lorsqu'il reste quelque chose de l'héritage, dont la vente a donné ouverture au retrait, le droit de retrait subsiste pour ce qui en reste, mais à la charge de rendre en entier le prix et les loyaux coûts du marché, comme nous l'avons vu *suprà*, n. 290.

De là naît la question, si, lorsque la maison, dont la vente a donné lieu au retrait, a été incendiée, de manière qu'il n'en reste plus que la place et un monceau de ruines, il y a lieu au retrait pour la place et les matériaux qui en restent. Bagoins et Boërius, sur la Coutume de Berry, tiennent la négative, parce qu'une maison, dont il ne reste plus que la place et un monceau de matériaux, leur paraît totalement périe, et qu'ils ne croient pas que la place et les matériaux puissent être considérés comme une partie de cette maison. Tiraqueau, *ad finem tit., quæst.* 14, réfute avec raison cette opinion; car la place et les matériaux sont véritablement une partie de cette maison; *l.* 21, *de pignorat. act.* Au reste, le lignager, qui exerce ce retrait, doit rembourser le prix entier et les loyaux coûts du contrat, de même que si la maison subsistait en entier, comme il a été vu *suprà*, *n.* 290.

§ III. DE LA PRESCRIPTION ANNALE OU TRENTENAIRE.

483. On peut opposer, contre le droit de retrait lignager, la prescription annale. Voyez *ce que nous avons dit à cet égard suprà, chap.* 7.

484. Lorsque la prescription annale n'a pas couru, le droit de retrait lignager peut être exclu par la prescription générale de trente ans, à laquelle sont sujets tous les droits. Par exemple, si l'acheteur n'a pas fait insinuer son contrat d'acquisition, et, qu'après le temps de trente années entières révolues depuis ledit contrat, il ne se trouve pas encore insinué, le droit de retrait lignager, qui n'a pu, dans ce cas, être éteint par la prescription annale, dont le temps ne commence à courir que du jour de l'insinuation, sera éteint par la prescription de trente ans, qui court depuis que le droit de retrait est ouvert par le contrat de vente qui y a donné ouverture.

485. L'acheteur direct, qui a négligé de faire courir le temps de la prescription annale, ne peut, à défaut de cette prescription annale, être libéré du retrait, que par la prescription de trente ans, et non par celle de dix ou vingt ans; car, en acquérant, il a contracté une obligation personnelle envers la famille du vendeur, de délaisser l'héritage à ceux de la famille qui en voudront exercer le retrait, *suprà*, *n.* 17. Or, les actions, qui naissent des obligations personnelles, ne sont pas sujettes à cette prescription de dix ou vingt ans, qui n'a lieu, dans les provinces où elle est admise, qu'à l'égard des droits réels dont les héritages sont chargés, et par laquelle la libération de ces droits est procurée aux possesseurs qui ont acquis l'héritage, sans qu'on leur ait déclaré qu'ils fussent chargés de ces droits, et qui l'ont possédé de bonne foi comme le réputant franc de cette charge.

A l'égard des tiers, qui n'ont pas acheté directement de celui qui a mis l'héritage hors de la famille, mais auxquels le premier acheteur l'a revendu ou fait passer à quelque autre titre singulier que ce soit; comme il n'y a que le premier acheteur qui soit le débiteur personnel du retrait, auquel la vente, qui lui a été faite, a donné ouverture, et que ces tiers n'en sont tenus, que parce que l'héritage qu'ils possèdent a été affecté par la loi à l'exécution de l'obligation du retrait; ces tiers pourraient, absolument parlant, être dans le cas d'opposer cette prescription, si, lorsqu'ils ont acquis du premier acheteur, et depuis qu'ils l'ont acquis, ils avaient toujours, pendant tout le temps de la prescription, ignoré de bonne foi que l'héritage fût encore sujet au retrait, auquel la vente, faite au premier acheteur, de qui ils ont acquis, a donné ouverture. Mais il est très rare que ce cas arrive; parce que, lorsque ces tiers acquièrent du premier acheteur, ils sont ordinairement à portée de s'instruire, par les titres qu'on leur remet, si l'héritage est encore sujet au retrait, auquel a donné ouverture la vente faite au premier acheteur, de qui ils ont acquis, et si ce premier acheteur a satisfait à ce qui est requis pour faire courir le temps de ce retrait; et, par conséquent, l'ignorance, que ces tiers allégueraient avoir eue de la charge du retrait, ne pourrait passer que pour une ignorance affectée, contraire à la bonne foi requise pour cette prescription.

486. En supposant qu'un tiers possesseur fût dans le cas de pouvoir opposer cette prescription, pourrait-il opposer celle de dix ans contre la demande en retrait du lignager, domicilié dans la

même bailliage que lui, on ne pourrait-il opposer que celle de vingt ans? J'inclinerais à répondre qu'il ne peut opposer que celle de vingt ans. La raison est, qu'avant la demande en retrait, ce n'était pas au particulier qui l'a donnée, mais en général à toute la famille du vendeur, que le droit de retrait appartenait. Ce n'est donc pas contre ce particulier, mais contre la famille en général, que le temps de la prescription a dû courir. Or cette famille n'est pas circonscrite dans un tel bailliage: elle peut s'étendre ailleurs, et par conséquent ce ne peut être la prescription de dix ans *inter præsentes*, mais ce n'est que celle de vingt ans qui peut avoir lieu contre elle.

487. Quoique ces prescriptions de trente ans et de vingt ans, ne courent pas contre les mineurs, néanmoins, dans nos Coutumes de Paris et d'Orléans, et autres semblables, qui accordent le droit de retrait aux lignagers indéterminément, plutôt qu'à aucune personne de la famille, la minorité de quelqu'un des lignagers n'interrompt pas ces prescriptions, parce que ce n'est pas proprement contre ces personnes, mais contre la famille indéterminément, qu'ont couru ces prescriptions.

§ IV. LE PROCÈS INTENTÉ A L'ACQUÉREUR SUR LA PROPRIÉTÉ DE L'HÉRITAGE, LUI DONNE-T-IL UNE EXCEPTION CONTRE LA DEMANDE EN RETRAIT LIGNAGER?

488. Lorsque j'ai acheté de vous un héritage, qui vous venait de la succession de votre père, et qu'un tiers a revendiqué sur moi cet héritage, prétendant en être le véritable propriétaire, et qu'il n'appartenait ni à vous ni à votre père; si, pendant ce procès, un de vos lignagers donne la demande en retrait contre moi, puis-je demander qu'il y soit sursis jusqu'à ce que le procès qui m'est fait soit terminé? Tiraqueau agite cette question dans son traité du retrait lignager, *ad fin. tit., quæst.* 1. Les raisons pour l'affirmative sont, 1° que, par la demande en revendication qui a été donnée contre moi, l'héritage est devenu litigieux; que, le litige durant, le lignager ne peut être reçu à demander que je le lui délaisse; car le délais, que je lui en ferais, sur sa demande en retrait, serait une aliénation; et les lois défendent l'aliénation des choses litigieuses. 2° On dit que le droit du lignager est fondé sur ce qu'il prétend que celui, qui m'a vendu, a mis l'héritage hors de la famille, ce qui suppose qu'il en était le propriétaire; la qualité de propriétaire de mon vendeur, étant contestée par la demande en revendication qui a été donnée contre moi, le droit de son lignager devient incertain. Nonobstant ces raisons, on doit décider que le procès, qui m'est fait sur la propriété de l'héritage, ne peut arrêter l'adjudication du retrait au lignager, qui reprendra le procès à ma place, et me remboursera des frais que j'ai faits. Il est facile de répondre aux raisons ci-dessus proposées. La réponse à la première est, que les lois, qui défendent l'aliénation des choses litigieuses, ne concernent que les aliénations volontaires, et non les nécessaires, qui ont une cause antérieure au litige; tel qu'est le délais, que l'acheteur est obligé de faire au lignager sur la demande en retrait. La réponse à la seconde, est que le possesseur d'une chose en est présumé le propriétaire, jusqu'à ce que le contraire soit justifié. C'est pourquoi, jusqu'à ce que celui, qui me fait procès sur la propriété de l'héritage, ait justifié de son droit, et fait prononcer en sa faveur, celui, qui me l'a vendu, en ayant été le possesseur, lorsqu'il me l'a vendu, est présumé en avoir été le propriétaire, et l'avoir mis hors de sa famille, et, par la même raison, la présomption est pour le droit du lignager.

CHAPITRE XIII.

Du retrait de mi-denier.

489. Lorsque deux conjoints par mariage et communs en biens, dont l'un était lignager du vendeur, l'autre étranger, ont acheté, durant la communauté, un héritage propre du vendeur, la Coutume de Paris, *art.* 155, et celle d'Orléans, *art.* 381, accordent, après la dissolution du mariage, au conjoint lignager ou à ses héritiers lignagers, et à leur refus, aux autres lignagers, le retrait de la moitié du conjoint étranger, ou de ses héritiers étrangers, à la charge de rembourser la moitié, tant du prix que des loyaux coûts et mises.

C'est, pour cette raison, que ce retrait est appelé *retrait de mi-denier*.

Ce retrait est un vrai retrait lignager, à l'égard duquel nous examinerons, 1° Qu'est-ce qui donne ouverture à ce retrait, et quand? 2° Quelle est la chose sujette à ce retrait? 3° A qui et sur qui est-il accordé? 4° Comment et dans quel temps s'exerce-t-il? 5° Quelles sont les obliga-

tiens du retrayant? 6° Si ce retrait a lieu dans les Coutumes qui ne s'en sont pas expliquées.

Nous observerons, avant que d'entrer en matière, qu'il faut bien prendre garde à ne pas confondre la disposition de l'*article* 381 de notre Coutume, qui établit ce retrait, avec l'*article* 382. L'*article* 381, qui est celui que nous nous proposons d'expliquer en ce chapitre, établit un vrai retrait lignager. Le 382, dont nous avons traité ci-dessus, *chap.* 11, *art.* 6, § 1, n'établit aucun retrait; mais il établit une récompense, que le conjoint, qui a retiré un propre de sa ligne durant la communauté, doit à l'autre conjoint, faute du paiement de laquelle il est obligé d'abandonner cet héritage à la communauté.

§ I. QU'EST-CE QUI DONNE OUVERTURE AU RETRAIT DE MI-DENIER, ET QUAND?

490. Le retrait de mi-denier étant un vrai retrait lignager, les mêmes contrats, qui donnent ouverture au retrait lignager ordinaire (*suprà, ch.* 3), donnent pareillement ouverture à celui-ci; et ceux, qui ne donnent pas ouverture au retrait lignager ordinaire, n'y donnent pas ouverture. C'est pourquoi, il y a lieu au retrait de mi-denier, lorsque deux conjoints ont acheté, ou reçu en paiement, ou pris à bail à rente rachetable, durant leur mariage, un héritage propre d'une personne de qui l'un desdits conjoints était lignager. Mais il n'y aurait pas lieu, s'ils l'avaient acquis à titre de bail à rente non rachetable, ou de donation, ou de legs, etc.; car ces titres, n'étant pas susceptibles du retrait lignager ordinaire, ne le sont pas non plus de ce retrait de mi-denier, qui est un vrai retrait lignager.

491. La seule différence qu'il y a, à cet égard, entre le retrait lignager ordinaire et le retrait de mi-denier, est que les contrats, susceptibles du retrait, donnent ouverture au retrait lignager ordinaire, aussitôt qu'ils sont parfaits, exécutés par la tradition réelle ou feinte de l'héritage, faite à un étranger; au lieu qu'ils ne donnent ouverture au retrait de mi-denier qu'après la dissolution du mariage. La raison est, que, tant que le mariage et la communauté de biens durent, l'héritage n'est pas censé sorti de la famille, pour les raisons rapportées *suprà, n.* 196.

492. Pour qu'il y ait lieu à ce retrait de mi-denier, dans les Coutumes de Paris et d'Orléans, il faut, 1° que l'un des conjoints acquéreurs soit lignager du vendeur, et l'autre étranger. Si les deux conjoints étaient l'un et l'autre lignagers, il n'y aurait pas lieu à ce retrait; car les ventes, faites à des lignagers, ne donnent lieu à aucun retrait lignager: il n'y a que les ventes faites *hors de la famille* qui y donnent lieu. C'est pourquoi, si le prédécédé de ces deux conjoints lignagers transmettait, dans sa succession, sa part de l'héritage par eux acquis, à des héritiers qui fussent d'une autre famille, le conjoint survivant lignager ne pourrait pas exercer sur eux le retrait de mi-denier.

493. Il faut, 2° pour qu'il y ait lieu à ce retrait de mi-denier, que l'héritage ait été acquis durant le mariage de ces conjoints.

Si celui des conjoints, qui est étranger, avait acquis l'héritage avant son mariage, et qu'il se fût marié avant l'expiration de l'an du retrait lignager, auquel la vente, qui lui a été faite, a donné ouverture, il y a lieu de penser que ce retrait serait suspendu, pendant le mariage, par les mêmes raisons qui empêchent qu'il n'y ait ouverture au retrait de mi-denier pendant le mariage; mais, après la dissolution du mariage, ce ne serait pas le retrait de mi-denier qui aurait lieu, quand même cet héritage aurait été apporté et ameubli en communauté; ce serait le retrait lignager ordinaire qui aurait lieu, pour le temps seulement qui en restait à expirer, lorsqu'il a été suspendu par le mariage de l'acquéreur avec une personne de la ligne.

494. Il faut, 3° pour que ce retrait de *mi-denier* ait lieu, que les conjoints aient été en communauté de biens. Les Coutumes de Paris et d'Orléans, qui ont établi ce retrait, supposent le cas de la communauté, en disant que ce retrait a lieu *pour la moitié* ou *pour la part et portion* du conjoint étranger; et c'est la communauté de biens qui fait regarder l'héritage comme n'étant pas sorti de la famille, et qui empêche que le contrat ne donne ouverture, durant le mariage, au retrait lignager.

C'est pourquoi, lorsqu'il n'y a pas communauté de biens entre deux conjoints, la vente d'un héritage sujet à retrait, faite à l'un d'eux étranger du vendeur, donne ouverture au retrait durant le mariage, pourvu qu'il n'y ait pas d'enfans qui l'arrêtent, *suprà, n.* 197; et ce retrait étant le retrait lignager ordinaire, l'autre conjoint lignager n'a pas de préférence pour ce retrait sur les autres lignagers du vendeur.

495. Pourvu que l'héritage ait été acquis durant le mariage et la communauté de biens, il n'importe, pour qu'il y ait lieu au retrait, que l'homme et la femme aient été l'un et l'autre parties au contrat, ou que le mari ait été seul partie. *Nec obstat* que la Coutume d'Orléans dit: *Si homme et femme conjoints par mariage achètent;* car tous les achats, que fait le mari durant la communauté de biens, quoiqu'il y soit seul partie, il les fait comme chef de la communauté, et la femme, en la qualité de commune, est censée acheter avec lui.

496. Comme c'est la communauté de biens qui empêche qu'il n'y ait lieu au retrait durant

le mariage, c'est la dissolution de communauté qui y donne ouverture.

De là il suit, 1° que si, faute d'inventaire, la communauté continue après la mort du prédécédé, le retrait de mi-denier ne sera ouvert que lors de la dissolution de cette communauté. La Coutume d'Orléans, *art.* 385, s'en est expliquée formellement; car, après ces mots, *mais après le trépas, etc.*, on a ajouté, lors de la réformation, ceux-ci, *et qu'il y a dissolution de communauté.*

497. De là il suit, 2° que si, durant le mariage, il arrivait dissolution de communauté, par une sentence de séparation de biens, cette dissolution de communauté donnerait ouverture au retrait lignager, quoique durant le mariage. C'est l'avis de Brodeau sur l'*art.* 155 de la Coutume de Paris, et de Lemaître sur ladite Coutume. Duplessis est d'avis contraire; mais il n'est pas d'accord avec lui-même, car il convient un peu plus haut, que, lorsqu'il n'y a pas de communauté de biens entre deux conjoints par mariage, l'acquisition, faite durant le mariage, par l'un d'eux, qui est étranger de la ligne du vendeur, donne lieu au retrait, quoique l'autre conjoint soit lignager : donc il convient que le mariage de l'acquéreur étranger, avec une personne lignagère, n'est pas seul une cause suffisante pour arrêter le retrait, s'il n'y a pas communauté entre eux. Or, si c'est cette communauté qui arrête le retrait, il s'ensuit que, lorsqu'elle se dissout, soit que ce soit par une sentence de séparation, soit que ce soit par mort, *tanquàm obice remoto*, il doit y avoir ouverture au retrait. L'unique raison, que Duplessis apporte pour son avis, est que l'*art.* 155 de la Coutume de Paris se sert de ces termes, *et qu'après le trépas, etc.*: donc, dit-il, il n'y a que le *trépas* de l'un des conjoints qui donne ouverture au retrait de mi-denier. La réponse est facile; savoir, que ces termes *et qu'après le trépas, etc.*, ne doivent pas s'entendre *restrictivè*, mais *enuntiativè*, comme énonçant la manière la plus ordinaire par laquelle se dissout la communauté entre conjoints par mariage.

Les annotateurs de Duplessis allèguent une autre raison qui leur paraît très forte; savoir, que, tant que le mariage dure, il y a espérance qu'il naîtra des enfans qui succéderont à cet héritage, et le conserveront à la famille du vendeur dont ils sont. Or, disent-ils, cette espérance, tant qu'elle dure, doit arrêter le retrait. La réponse est, qu'il ne suffit pas, pour arrêter le retrait, qu'il y ait espérance que l'héritage, qui est sorti de la famille, pourra y rentrer un jour par des enfans lignagers qui pourront naître de l'acheteur étranger, et qui lui succéderont à cet héritage. Il faut, pour en arrêter le retrait, que l'héritage puisse être censé demeurer encore en quelque façon dans la famille, et n'en être pas tout-à-fait sorti : c'est ce qui arrive, lorsque l'héritage est possédé par deux conjoints communs en biens, dont l'un est lignager; car l'étroite union, que le mariage et la communauté de biens forment entre ces conjoints, les faisant regarder comme n'étant, en quelque façon, qu'une même personne, suivant qu'il paraît par ces termes des Coutumes, *sont uns et communs, etc.*; il s'ensuit qu'il suffit que l'un d'eux soit lignager, quoique l'autre soit étranger, pour qu'il paraisse que l'héritage est encore dans la famille. Pareillement, lorsqu'un acheteur étranger a des enfans lignagers, l'héritage, par lui acquis, peut être censé n'être pas sorti tout-à-fait de la famille, et y demeurer encore par lesdits enfans, auxquels les biens de leur père sont censés appartenir, en quelque façon, même du vivant de leur père : *Vivo patre quodammodo domini intelliguntur, l.* 11, *ff. de lib. et posth.* C'est pour cette raison que les enfans lignagers de l'acheteur étranger arrêtent le retrait. On ne peut pas dire la même chose, lorsque l'acheteur étranger n'a pas d'enfans, et qu'il a seulement espérance d'en avoir. Les Coutumes de Paris, *art.* 156, et d'Orléans, *art.* 403, disent: *Quand celui qui n'est en ligne*, A *des enfans qui sont en ligne, retrait n'a lieu :* elles ne disent pas *a eu peut avoir*. Il faut donc qu'il en ait; et la seule espérance qu'il en aura, ne suffit pas pour arrêter le retrait. C'est la faveur des enfans lignagers qui arrête le retrait, auquel la vente, faite à un étranger, donne lieu; *suprà*, 197: mais cette faveur ne peut être censée accordée qu'à des enfans nés, ce qui est dans le néant n'étant pas capable de faveur.

498. Du principe que c'est la communauté de biens, en laquelle est un mari étranger avec une femme lignagère, qui arrête le retrait auquel donne lieu la vente qui lui a été faite d'un héritage; il suit que, lorsque ce mari étranger aliène cet héritage durant la communauté, le retrait lignager est ouvert au profit de toute la famille de son vendeur sur la vente qui lui en a été faite; car la cause, qui arrêtait ce retrait, venant à cesser par l'aliénation de cet héritage, qui, en mettant cet héritage hors de la communauté avec la femme lignagère, le met tout-à-fait hors de la famille, et détruit toute l'espérance qu'il aurait pu y avoir qu'il y restât, l'effet doit cesser, et le droit de retrait, qu'a dû produire la vente faite au mari étranger de la ligne, *obice remoto*, doit être ouvert.

Il n'importe à quel titre il l'ait aliéné; car ce n'est pas sur l'aliénation qu'il en fait, mais sur la vente qui lui en a été faite, que le retrait a lieu. Il en est de ce cas comme de celui auquel

l'acheteur, qui a des enfans de la ligne, aliène, de son vivant, l'héritage qu'il aurait acheté; *suprà*, *n.* 198.

499. *Contrà vice versâ*, lorsqu'un mari lignager du vendeur a acheté un héritage, durant sa communauté de biens, avec sa femme étrangère de la ligne, et qu'il le revend durant son mariage, la vente, qui lui en a été faite, étant une vente faite à un lignager, ne donne pas lieu au retrait lignager. Il est vrai que, s'il eût conservé cet héritage jusqu'à la dissolution de la communauté, cette vente, qui lui en a été faite, se trouvant, en ce cas, être faite pour une portion à la femme étrangère, aurait donné lieu au retrait de mi-denier de cette portion sur cette femme ou ses héritiers : mais cet héritage, étant aliéné avant la dissolution de communauté, le retrait ne peut plus avoir lieu; car la femme ne peut plus avoir, et est censée n'avoir jamais eu de part dans cet héritage, le droit de communauté de la femme ne s'étendant qu'aux biens de la communauté qui se trouvent lors de la dissolution.

Mais si la vente, qui a été faite au mari, ne donne pas lieu, en ce cas, au retrait, la revente, qu'il en fait, y donne lieu, suivant l'article 133 de la Coutume de Paris, et les principes établis *suprà*, *n.* 47.

500. Le don mutuel, en usufruit, arrête-t-il le retrait des héritiers du conjoint lignager sur le survivant étranger donataire mutuel? Duplessis, *Traité des Retraits*, chap. 10, *en sa première observation*, dit, que le droit de retrait de mi-denier, qu'ent les héritiers du prédécédé lignager, ne peut empêcher le survivant de jouir en usufruit de leur portion. Cela n'est pas douteux; car ce n'est pas leur portion, mais celle du survivant qu'ils ont droit de retirer. Duplessis en conclut, que, si ces héritiers sont tenus de laisser jouir le survivant de leur portion, ils ne peuvent lui *arracher* la sienne pendant que dure son droit d'usufruit. Ce raisonnement est une pétition de principe; car c'est précisément ce qui est en question. On peut apporter une autre raison, qui est que, le retrait de mi-denier s'exerçant au partage de communauté, et ce partage, en cas de don mutuel, ne se faisant ordinairement qu'après l'extinction de l'usufruit du donataire mutuel, ce retrait ne doit avoir lieu qu'après l'extinction de cet usufruit, et doit être arrêté pendant qu'il dure. Je ne crois pas cette raison suffisante pour décider que le don mutuel arrête le retrait; car, 1° quoique, même dans le cas auquel il n'y a pas de don mutuel, le partage des biens de la communauté ne se fasse assez souvent que plus d'un an après sa dissolution; néanmoins, le retrait de mi-denier est ouvert, et le temps de ce retrait commence à courir du jour de la mort du prédécédé, qui a dissous la communauté. C'est ce qui résulte de l'article 157 de la Coutume de Paris, qui dit expressément, qu'il faut que le retrayant ait donné sa demande, et sur icelle protesté dans l'an du décès. 2° Le don mutuel n'empêche pas que le partage des biens de la communauté puisse se faire pendant le temps de l'usufruit du donataire mutuel, et que ce retrait, en conséquence, y puisse être exercé; car il est de la nature de l'indivis, que tout propriétaire par indivis, quoiqu'il n'ait que la nue propriété, puisse provoquer à partage et y être provoqué; et, dans le fait, j'ai vu plusieurs partages de communauté se faire entre les héritiers du prédécédé et le survivant donataire mutuel, pendant le temps de son don mutuel. Duplessis n'est pas même ferme dans son opinion; car il convient qu'il est plus sûr, même dans le cas de don mutuel, que les héritiers du prédécédé lignager intentent l'action en retrait de mi-denier dans l'an du décès, sauf à en renvoyer l'exécution au temps du partage. Je pense, par les raisons ci-dessus mentionnées, que non seulement cela est plus sûr, mais que cela est absolument nécessaire.

501. Pareillement le don mutuel, fait au survivant lignager par le prédécédé étranger, ne doit pas arrêter le retrait qu'il a droit d'exercer de la portion du prédécédé étranger; et, en ce cas, le survivant, qui avait droit de jouir de la portion qu'il retire, doit jouir, à la place, de ce que la Coutume l'oblige de rembourser; c'est pourquoi, il lui suffira de donner, dans le temps fatal, caution de faire ce remboursement, après l'expiration de son don mutuel.

§ II. QUE RETIRE-T-ON PAR LE RETRAIT DE MI-DENIER.

502. Les Coutumes accordent au conjoint lignager ou à ses héritiers lignagers, après la dissolution de communauté, le retrait *de la part et portion* du conjoint non lignager ou de ses héritiers. Celle de Paris, *art.* 155, dit formellement : *La moitié gît en retrait.* Ces Coutumes emploient ces termes, parce qu'elles supposent le cas d'acceptation de la communauté comme le cas le plus ordinaire : mais ces termes ne doivent pas empêcher de décider que si la femme lignagère ou ses héritiers lignagers renoncent à la communauté, et que l'héritage, qu'ils ont acquis durant le mariage, demeure en conséquence en entier au mari étranger ou à ses héritiers, il y a ouverture au retrait de cet héritage pour le total, dans l'an et jour du décès du conjoint qui a dissous la communauté, à la charge de rendre, en ce cas, non le mi-denier seulement, mais le total du sort principal des loyaux coûts et mises.

C'est l'avis de Brodeau sur Paris, *art.* 155, que Duplessis me paraît contredire mal à propos. Il donne une fort mauvaise raison de son sentiment : *La femme ou ses héritiers*, dit-il, *par leur renonciation, tiennent lieu de vendeurs, et ne peuvent revenir à une chose qu'ils ont répudiée.* Il est faux que la renonciation, qu'une femme ou ses héritiers font à la communauté, tienne lieu d'une vente qu'ils fassent au mari de leur part en la communauté : ils sont plutôt censés, au moyen de leur renonciation, n'avoir jamais eu aucune part aux biens de la communauté; et, de ce qu'ils refusent d'avoir, à titre de communauté, la part dans les conquêts de la communauté, qu'ils auraient pu avoir à ce titre, on n'en peut nullement conclure qu'ils ne puissent la prétendre à un autre titre, par le droit de retrait lignager, que la loi leur accorde sur ce qui a été acquis par le mari étranger. Le retrait est de tout ce qui a été acquis par celui sur qui il s'exerce : le mari étranger se trouvant, par la renonciation de sa femme ou de ses héritiers à la communauté, être acquéreur pour le total de l'héritage, il doit être sujet au retrait pour le total. Les annotateurs de Duplessis sont de notre sentiment.

503. Pareillement, en cas d'acceptation de communauté, si, au partage de la communauté, le conjoint lignager ou ses héritiers, n'usant pas du droit de retrait, que les Coutumes leur accordent, ont laissé comprendre cet héritage dans la masse des biens de la communauté, et que, par le partage, l'héritage soit tombé en entier au lot du conjoint étranger, l'héritage sera pour le total sujet au retrait. L'article 157 de Paris paraît contraire à cette décision : il y est dit : *Si, par partage, l'héritage sort hors de la ligne, il est sujet au retrait pour moitié.* L'objection disparaîtra en entendant cet article, comme Brodeau l'a entendu, du cas auquel, par le partage, l'héritage aurait été partagé en deux moitiés divisées, dont l'une serait échue au conjoint lignager ou à ses héritiers, et l'autre moitié à l'étranger. Si ceux, qui ont rédigé cet article, l'ont entendu dans un autre sens que celui que Brodeau lui donne, c'est que les principes, sur l'effet purement déclaratif des partages, n'étaient pas alors établis aussi clairement qu'ils le sont aujourd'hui. C'est pourquoi, quel qu'ait été le sens qu'ont eu en vue les rédacteurs, on doit donner aujourd'hui à l'article l'interprétation que Brodeau lui donne.

504. Sur la question de savoir si les choses, qui ont été acquises pour un seul et même prix avec l'héritage de la famille de l'un des conjoints, doivent aussi être sujettes au retrait de mi-denier, il faut suivre ce qui a été décidé pour le retrait lignager, *suprà, chap.* 3, *art.* 3.

505. Ce retrait de mi-denier n'est que de la portion du conjoint étranger. C'est pourquoi, si le conjoint lignager prédécède et laisse des héritiers étrangers de la ligne, les lignagers du vendeur ne pourront exercer le retrait que de la portion du conjoint survivant étranger, et non de celle des héritiers du conjoint lignager prédécédé, quoique ces héritiers soient étrangers.

§ III. A QUI LE RETRAIT DE MI-DENIER EST-IL ACCORDÉ?

506. Le retrait de mi-denier est accordé, de même que le retrait ordinaire, à toute la famille du vendeur : mais il a cela de particulier, que le conjoint lignager ou ses héritiers lignagers sont préférés pour ce retrait à tous les autres lignagers.

507. Les héritiers du conjoint lignager ne sont admis à ce retrait, qu'autant qu'ils sont eux-mêmes lignagers du vendeur; car le retrait de mi-denier étant un retrait lignager, il ne peut appartenir qu'à des lignagers. Lalande, sur l'article 381 de la Coutume d'Orléans, est, après d'Argentré, d'avis contraire. Il se fonde sur ce que dit d'Argentré, que les héritiers succèdent à ce droit de retrait au conjoint lignager prédécédé; ce qui ne me paraît pas véritable; car, quoique l'effet de ce retrait, lorsqu'il s'exerce par les héritiers du conjoint lignager prédécédé au partage des biens de la communauté, consiste à faire porter en entier l'héritage, sujet à ce retrait, dans le lot de la succession de ce conjoint, comme nous le verrons *infrà, art.* 515, et, qu'en conséquence, ils tiennent cet héritage en entier, à titre d'héritiers du conjoint lignager prédécédé, qui est censé le leur avoir transmis dans sa succession, il ne s'ensuit pas qu'ils tiennent pareillement du défunt le droit de retrait, qui consiste dans le droit d'obliger le conjoint survivant à souffrir que l'héritage soit porté en entier dans le lot de la succession du conjoint prédécédé. Ce conjoint n'a pu transmettre à ses héritiers ce droit, qui ne lui a jamais appartenu, le mariage et la communauté de biens en ayant, jusqu'à sa mort, arrêté l'ouverture. Les héritiers tiennent de leur chef ce droit de la loi qui le leur accorde; et, comme elle ne l'accorde que dans la vue de conserver l'héritage dans la famille, et que ce retrait est une espèce de retrait lignager, elle ne le leur accorde qu'en leur qualité de lignager : celle qu'ils ont d'héritiers du conjoint lignager prédécédé, n'est qu'une qualité accessoire à celle de lignager, à laquelle la loi a accordé la préférence sur les autres lignagers.

Ajoutez à tout ce que nous venons de dire, que l'article 381 de notre Coutume d'Orléans, s'exprime en ces termes : « Et, quant aux héri« tiers du prédécédé, en cas que ledit retrait ait « lieu, ils sont préférés aux autres parens du

« vendeur, *pourvu que lesdits héritiers soient* « *aussi parens de l'estoc et fourchoge dudit* « *vendeur.* » Elle donne assez à entendre par là, que la qualité de lignager est nécessaire pour être habile à ce retrait; car la préférence étant donnée à la qualité d'héritier, l'héritier, quoique étranger, devrait l'avoir, s'il était habile au retrait; et ce n'est que parce qu'il n'y est pas habile, qu'il ne peut avoir cette préférence.

508. Lorsque le conjoint lignager prédécédé a laissé plusieurs héritiers, dont les uns sont lignagers, et les autres sont étrangers de la ligne, on pourrait peut-être soutenir que ceux-ci, qui ne peuvent de leur chef avoir ce droit de retrait, peuvent néanmoins y concourir et participer avec leurs cohéritiers lignagers; car, on l'a déjà dit ci-dessus, l'effet de ce retrait, lorsqu'il s'exerce au partage des biens de la communauté, est de faire porter l'héritage, sujet à ce retrait, dans le lot de la succession du conjoint lignager prédécédé. Après que les héritiers lignagers, en exerçant ce retrait, l'y auront fait porter, les héritiers étrangers de la ligne, qui sont appelés avec les héritiers lignagers à cette succession, y trouvant cet héritage, doivent avoir le droit de le partager avec eux; et, par ce moyen, ils concourront et participeront au bénéfice de ce retrait. Ajoutez que c'est une chose asses commune en droit, que ce que nous n'avons pas de notre chef *et ex propriâ personâ*, nous puisse être communiqué *ex personâ alterius*. Nonobstant ces raisons, je crois qu'on doit décider que, même en ce cas, les héritiers étrangers de la ligne ne doivent avoir aucune part à ce retrait. La raison est, que ce retrait est une espèce de retrait lignager, et qu'il est de la nature du retrait lignager de n'être ni cessible, ni par conséquent communicable à des étrangers. C'est pourquoi, je pense que, dans ce cas-ci, les héritiers lignagers peuvent en exercer le retrait, non en faisant porter l'héritage dans le lot de la succession du prédécédé, mais à leur profit seul, et de la manière que nous l'expliquerons *infrà, n.* 515. S'il y a du bénéfice, dans ce retrait, ils ne sont pas obligés d'en faire rapport à leurs cohéritiers étrangers; car un héritier n'est obligé au rapport que de ce que le défunt lui a donné : mais les héritiers lignagers tenaient non du défunt, mais de la loi, le droit de retrait qu'ils ont exercé, et, par conséquent, l'exercice qui leur en est revenu.

Pareillement, lorsque, entre plusieurs héritiers lignagers, les uns veulent exercer ce retrait, les autres ne le veulent pas, ceux qui veulent l'exercer, ont droit de l'exercer en entier.

Mais, si tous veulent l'exercer, celui d'entre eux, qui a prévenu, ne doit avoir aucune préférence sur ses cohéritiers. En exerçant ce retrait, il est censé l'avoir exercé, tant pour lui que pour ses cohéritiers qui voudraient y avoir part : car, c'est un principe, en fait de partage de succession, que tout ce qu'un héritier fait en qualité d'héritier, il est censé le faire pour tous ses cohéritiers, et leur en doit faire raison au partage; *arrêt cité par les annotateurs de Duplessis*, chap. 10.

§ IV. SUR QUI LE RETRAIT DE MI-DENIER A-T-IL LIEU?

509. Le retrait de *mi-denier*, que les Coutumes de Paris et d'Orléans accordent, a lieu sur le conjoint étranger de la ligne du vendeur, et sur les héritiers de ce conjoint, pourvu qu'ils soient aussi étrangers de cette ligne.

S'ils étaient lignagers, il n'y aurait pas lieu à ce retrait; car le retrait de mi-denier est un vrai retrait lignager; et c'est une règle dans les Coutumes de Paris et d'Orléans, que *lignager sur lignager n'a droit de retenue*; Loysel, III, 5, 9. La Coutume de Paris, *art.* 155, s'en explique; il y est dit : « La moitié dudit héri- « tage gît en retrait à l'encontre de celui qui « n'est lignager, ou ses hoirs, *s'ils ne sont* « *lignagers, etc.* »

510. Si, entre les héritiers du conjoint étranger, il y en a qui soient lignagers, et que les autres soient étrangers, ce retrait de mi-denier peut avoir lieu sur les héritiers étrangers, pour les parts qu'ils ont dans la portion du défunt. Mais si, avant la demande en retrait, par partage ou autrement, la portion du défunt avait passé en entier aux héritiers lignagers, le retrait de mi-denier ne pourrait plus avoir lieu, ceux, sur lesquels il pourrait avoir lieu, n'ayant plus aucune part dans l'héritage.

511. Le retrait de mi-denier n'a lieu que sur le conjoint étranger ou ses héritiers : lorsque le conjoint lignager a prédécédé, et n'a laissé que des héritiers étrangers, les autres lignagers de la famille du vendeur peuvent bien exercer le retrait sur le conjoint étranger survivant : mais ils ne le peuvent exercer sur les héritiers étrangers du conjoint lignager; car le retrait de mi-denier n'est que de la portion du conjoint étranger; *suprà, n.* 505.

§ V. DANS QUEL TEMPS S'EXERCE LE RETRAIT DE MI-DENIER.

512. Le retrait de mi-denier, de même que le retrait ordinaire, doit, dans les Coutumes de Paris et d'Orléans, et dans la plupart des autres Coutumes, être exercé dans l'an et jour.

Le retrait de mi-denier a cela de particulier, que l'an et jour ne court que du jour de la dissolution de communauté. La raison en est évidente : ce retrait de mi-denier n'est ouvert

que par la dissolution de la communauté; le temps de l'exercer ne peut donc pas commencer à courir plus tôt.

513. Les mêmes causes, qui empêchent l'an et jour de courir pour le retrait ordinaire (*suprà*, chap. 7), l'empêchent pareillement de courir pour le retrait de mi-denier. C'est pourquoi, si, par exemple, lors de la dissolution de la communauté, le contrat d'acquisition de l'héritage, sujet au retrait lignager, n'était pas encore insinué; si, dans les Coutumes, dans lesquelles l'an du retrait ne court que du jour de la foi portée, ou de la saisine prise, le mari, lors de la dissolution de la communauté, n'avait pas porté la foi, ou n'avait pas pris saisine; dans tous ces cas, l'an de ce retrait ne courra pas, jusqu'à ce que le conjoint étranger ou ses héritiers aient porté la foi ou pris saisine.

L'article 155 de Paris, en disant que l'héritage gît en retrait dedans l'an et jour du décès, *supposé qu'il y eût saisine ou inféodation prise durant le mariage*, donne assez à entendre que si cela n'avait pas été fait durant le mariage, l'an et jour ne courrait pas du jour du décès, mais seulement du jour de l'inféodation ou saisine prise depuis le mariage : c'est ce qu'ont fort bien observé les annotateurs de Paris de Duplessis. Quand même la Coutume de Paris ne s'en serait pas expliquée, cela devrait avoir lieu; car le retrait de mi-denier étant un vrai retrait lignager, doit être sujet aux règles du retrait lignager ordinaire; et, par conséquent, les mêmes causes, qui empêchent le temps du retrait ordinaire de courir, doivent aussi empêcher de courir le temps de celui-ci. En vain dit-on que le conjoint lignager, à qui ce retrait est accordé, n'a pu ignorer l'acquisition qu'il a faite; car cette raison pourrait être de considération, si c'était à lui seul que ce retrait fût accordé : mais étant accordé à toute la famille, et le conjoint lignager n'ayant qu'une préférence sur les autres lignagers, cette raison tombe.

514. Quoique, dans le cas d'acceptation de communauté, ce retrait ne s'exécute qu'au partage, lorsque c'est le conjoint lignager ou ses héritiers qui l'exercent; et quoique les autres lignagers ne puissent l'exécuter qu'après le partage, puisqu'ils n'ont le droit de retrait de mi-denier que subsidiairement, au cas que le conjoint lignager, ou ses héritiers ne l'aient pas exercé; néanmoins, ce retrait doit être demandé dans l'an et jour de la dissolution de communauté, sauf au juge à en renvoyer l'exécution au partage, ou après le partage. La Coutume de Paris s'en est expliquée formellement *art.* 157.

§ VI. COMMENT S'EXERCE LE RETRAIT DE MI-DENIER.

515. Ce retrait de *mi-denier* peut s'exercer au partage de la communauté : il n'est sujet, en ce cas, à aucune formalité des demandes en retrait; car, en ce cas, la demande, qui en est faite, est un incident, et fait partie de la demande en partage.

Lorsqu'il est exercé au partage de la communauté par le conjoint lignager, ou par tous ses héritiers, il s'exerce en portant, dans le lot du lignager, l'héritage pour la somme qu'il a coûté à la communauté, tant pour le prix de l'acquisition, que pour les loyaux coûts et mises, et en portant d'autres effets de la communauté pour l'équivalent dans le lot de l'étranger : s'il n'en restait pas suffisamment, dans les biens de la communauté, pour lui fournir cet équivalent, on le lui suppléerait par un retour dont on chargerait le lot du lignager.

Lorsque le retrait s'exerce par une partie seulement des héritiers du conjoint lignager, les autres, ou n'ayant pas de droit à ce retrait, parce qu'ils sont étrangers de la ligne, ou ne voulant pas l'exercer, parce qu'ils ne le trouvent pas avantageux; en ce cas, le retrait ne peut pas s'exercer de la même manière. On ne doit pas, comme dans l'espèce précédente, porter l'héritage entier dans le lot de la succession du prédécédé lignager, les héritiers étrangers n'ayant pas le droit de partager, avec les héritiers lignagers, la moitié qu'a le conjoint survivant dans cet héritage, et qui est sujette au retrait; mais, même en ce cas, le retrait de la moitié du conjoint étranger survivant ne laisse pas de pouvoir s'exercer au partage des biens de la communauté d'une autre manière. On portera l'héritage dans la masse des biens de la communauté, pour la somme qu'il a coûté à la communauté, tant pour le prix de l'acquisition, que pour les loyaux coûts et mises; et, après avoir liquidé la somme, à laquelle monte la part de chacun des copartageans, tant dans les biens de la communauté, que dans la subdivision de la portion qui en appartient à la succession du prédécédé, on portera, dans le lot que les héritiers lignagers doivent avoir pour leur part en la subdivision, l'héritage, pour la moitié qu'ils ont droit de retirer sur le conjoint survivant, et pour la moitié de la somme pour laquelle il a été compris dans la masse; si cela excédait ce qui leur revient, on chargerait leur lot d'un retour en deniers envers le conjoint survivant; retour qui, avec des effets de la communauté qu'on donnera à ce conjoint, servira à le remplir du prix de la moitié qui est retirée sur lui.

Lorsque l'héritage, par l'estimation qui a été faite, depuis la mort du prédécédé, des biens de la communauté, se trouve être d'une plus grande valeur que la somme qu'il a coûté à la communauté, le conjoint étranger survivant ne devant

pas profiter de cette plus-value, au moyen du retrait qu'on a droit d'exercer sur lui, l'héritage ne sera porté, dans la masse des biens de la communauté, que pour la somme qu'il a coûté à la communauté, sauf aux héritiers du prédécédé à se faire raison entre eux de la plus-value. Ceci s'éclaircira par un exemple. Supposons que l'héritage, tant pour le prix de l'acquisition, que pour les loyaux coûts et mises, a coûté à la communauté 10,000 liv., et que, par le rapport estimatif fait pour parvenir au partage, il ait été estimé 13,000 liv.; il ne sera néanmoins porté, dans la masse, que pour la somme de 10,000 liv. Supposons aussi que le conjoint lignager prédécédé a laissé trois héritiers, dont un seul est lignager, et les deux autres sont étrangers de la ligne. On a porté, dans le lot que l'héritier lignager doit avoir pour sa part dans la subdivision, cet héritage, non seulement pour la moitié qu'il a déclaré vouloir retirer sur le conjoint survivant, mais même pour l'autre moitié, qui appartient à la succession du prédécédé, et on l'y a porté pour la somme de 10,000 liv., qui est celle pour laquelle il était porté en la masse; cet héritier lignager ne doit, à la vérité, faire aucune raison à ses cohéritiers étrangers de la ligne, de la plus-value de l'héritage pour la moitié du conjoint survivant. Le droit, qu'il avait de la retirer, étant un droit qui appartenait à lui seul, le bénéfice, qui lui en est revenu, ne doit appartenir qu'à lui seul; mais il doit leur faire raison de la plus-value, pour l'autre moitié qui appartenait à la succession : cette moitié n'étant sujette à aucun droit de retrait, et ne lui ayant été délivrée que pour la commodité du partage, la plus-value de cette moitié étant de 1,500 livres, il doit faire raison à chacun d'eux de la somme de 500 livres pour le tiers revenant à chacun d'eux. Si cette moitié eût été portée au lot de ses cohéritiers, ils seraient pareillement tenus de lui faire raison de la plus-value.

Lorsque, par le rapport, l'héritage a été estimé à une somme moindre que celle qu'il a coûté à la communauté, et que l'un des héritiers du conjoint lignager veut en exercer le retrait pour empêcher que, par le sort du partage, il ne reste au conjoint étranger survivant, cet héritage sera porté, dans la masse, pour la somme à laquelle il a été estimé par le rapport, et ensuite porté, pour cette somme, dans le lot du retrayant, au moins pour la moitié qu'il a droit de retirer sur le conjoint survivant, mais à la charge, par le retrayant, de faire raison pour cette moitié au conjoint survivant, de ce que l'héritage a coûté de plus à la communauté, que la somme pour laquelle il a été employé dans la masse.

516. Lorsque la femme lignagère, ou ses héritiers, ont renoncé à la communauté, n'y ayant pas, en ce cas, de partage de communauté à faire, ils ne peuvent exercer leur droit de retrait que par une demande en retrait, laquelle doit être sujette à toutes les formalités des retraits.

A plus forte raison, les autres lignagers ne peuvent exercer ce retrait que par une demande en retrait dans toutes les formes. Mais, comme le conjoint lignager et ses héritiers lignagers leur sont préférés, on doit, sur la demande qu'ils donnent, ordonner qu'il sera sursis à faire droit jusqu'au partage.

Si le conjoint lignager ou ses héritiers exerçaient ce retrait au partage, ou même si, sans qu'ils l'exerçassent, l'héritage tombait en entier dans leur lot, la demande du tiers lignager tomberait : si, au contraire, l'héritage ou partie d'icelui tombait au lot du conjoint étranger ou de ses héritiers étrangers, on ferait droit sur la demande du tiers lignager.

§ VII. DES OBLIGATIONS DES RETRAYANS.

517. Le retrayant doit rembourser le mi-denier des mêmes choses qui doivent être remboursées dans le retrait ordinaire.

Le retrait de mi-denier a cela de particulier, que le retrayant doit faire raison du mi-denier des impenses non nécessaires, et seulement utiles, jusqu'à concurrence de ce que l'héritage s'en trouve plus précieux; Orléans, *art.* 381. La raison est, que, ce retrait n'étant ouvert que lors de la dissolution du mariage, qui peut quelquefois durer long-temps, il serait injuste que l'acquéreur, pendant tout ce temps, fût empêché d'améliorer son bien; au lieu que, dans le retrait ordinaire, l'acquéreur ne souffre pas un grand préjudice d'attendre l'expiration de l'année, pour faire les améliorations qu'il veut faire, étant en son pouvoir de faire courir ce temps aussitôt qu'il a acquis.

518. Il est évident que le terme fatal de vingt-quatre heures, dans lequel le remboursement doit se faire dans le retrait ordinaire, n'a pas lieu dans le retrait de mi-denier, lorsqu'il s'exerce au partage; mais, lorsqu'il est exercé par les autres parens, ou même par la femme ou par ses héritiers, en cas de renonciation à la communauté, le remboursement doit être fait ou offert dans le terme fatal, de même que dans le cas du retrait ordinaire.

519. Les fruits, dans ce retrait, comme dans le retrait ordinaire, ne sont dus au retrayant que du jour de ses offres réelles de rembourser l'acquéreur.

§ VIII. DE L'EFFET DU RETRAIT DE MI-DENIER.

520. Lorsque ce retrait s'exerce par le con-

joint lignager ou par ses héritiers au partage des biens de la communauté, le conjoint lignager, lorsqu'il est le survivant, possède cet héritage comme une chose à laquelle, avec les autres choses qui sont tombées dans son lot, s'est déterminée sa part dans les biens de la communauté, qui a été entre lui et l'autre conjoint, et par conséquent comme un conquêt de cette communauté. Pareillement, lorsque le conjoint lignager est prédécédé, ses héritiers sont censés lui succéder à cet héritage entier, comme à une chose à laquelle, avec les autres choses qui composent le lot de la succession de ce conjoint, s'est déterminée la part qui appartient à cette succession dans les biens de la communauté; ou lorsqu'il n'y a que l'un d'eux qui a exercé le retrait, comme une chose à laquelle s'est déterminée sa part en la subdivision de cette succession.

De là il suit, 1° que les hypothèques, dont cet héritage a été chargé par le mari étranger, ne sont aucunement éteintes, en ce cas, par le retrait : car la femme lignagère ou ses héritiers, tenant cet héritage en entier comme une chose dont leur part en la communauté est composée, et par conséquent comme un conquêt de cette communauté, ils ne le peuvent tenir qu'à la charge des hypothèques dont le mari, comme chef de la communauté, a eu droit de charger pour le total les conquêts de la communauté, et par conséquent, même pour la part qui tombe dans le lot de sa femme ou de ses héritiers : il en est de même des autres droits réels imposés par le mari.

De là il suit, 2° que, si le vendeur de l'héritage, sujet à ce retrait, devenait l'héritier du conjoint lignager, sa qualité de vendeur ne l'empêcherait pas de pouvoir exercer de cette manière le retrait de cet héritage au partage des biens de la communauté; car, en l'exerçant de cette manière, il ne se rend pas, comme dans le retrait ordinaire, acheteur lui-même à la place de celui sur qui il exerce le retrait, ce qui serait incompatible avec sa qualité de vendeur; il n'a que la qualité d'héritier du conjoint lignager à la part de ce conjoint dans les biens de la communauté, dont, au moyen du retrait, l'héritage entier fait partie, laquelle qualité n'a rien d'incompatible avec celle de vendeur de cet héritage.

De là il suit, 3° que les héritiers, qui ont exercé ce retrait, tenant même la partie retirée, comme une chose qui fait partie de la succession du conjoint prédécédé, doivent les profits seigneuriaux qui sont dus pour les successions.

521. Lorsque le retrait ne s'exerce pas au partage, comme lorsqu'il est exercé par la femme lignagère ou par ses héritiers, en cas de renonciation à la communauté, ou par les autres lignagers, au refus du conjoint lignager ou de ses héritiers; ce retrait, en ce cas, a tous les mêmes effets que le retrait ordinaire; le retrayant est, de même que dans le retrait ordinaire, subrogé à l'achat du conjoint étranger sur lequel, ou sur les héritiers duquel le retrait est exercé; il est censé tenir du vendeur ce qu'il a retiré, et avoir acheté de lui.

De là il suit que ce retrait, de même que le retrait ordinaire, ne donne pas lieu à un nouveau profit. C'est pourquoi, lorsqu'en cas de renonciation à la communauté, les héritiers de la femme lignagère exercent le retrait sur le conjoint survivant, ils ne doivent aucun profit; le droit de retrait, qu'ils exercent, étant un droit qu'ils ont de leur chef, ils sont censés avoir acheté eux-mêmes du vendeur l'héritage qu'ils retirent.

Par la même raison, si c'était le vendeur de l'héritage qui fût devenu l'héritier de la femme, sa qualité de vendeur, en cas de renonciation à la communauté, l'empêcherait de pouvoir exercer ce retrait contre le mari étranger survivant; car il ne peut pas, par ce retrait, devenir l'acheteur du même marché du même héritage dont il est le vendeur, ces deux qualités étant incompatibles dans le même marché d'une même chose.

522. Enfin, lorsqu'en cas de renonciation à la communauté, la femme ou ses héritiers exercent le retrait, les hypothèques et autres droits réels, imposés par le mari sur l'héritage retiré, s'éteignent, de même que, dans le retrait ordinaire, s'éteignent toutes les charges imposées par l'acheteur, sur qui le retrait est exercé : car la femme, ou ses héritiers, qui en ont exercé le retrait, ne tiennent pas cet héritage comme un effet de la communauté, à laquelle ils ont renoncé; l'achat, que les conjoints en ont fait en commun durant leur mariage, s'éteint en la personne du mari étranger, par le retrait qui est exercé sur lui, et passe en la personne de la femme ou de ses héritiers, ou autres retrayans qui sont censés, de même que dans le retrait ordinaire, avoir acheté directement du vendeur.

Duplessis, *en sa deuxième observation sur le chapitre* x *de son Traité des Retraits*, paraît d'avis contraire au nôtre; car, sans distinguer si ce retrait s'exerce au partage de la communauté, ou non, il dit que ce retrait n'éteint pas les hypothèques et autres charges imposées par le mari, sur qui le retrait s'exerce, et, qu'en cela, le retrait de mi-denier est différent du retrait ordinaire. Les raisons de différence qu'il apporte, sont que « le retrait ordinaire se fait « sur le contrat de vente, et résout tout le droit « de l'acquéreur. Au contraire, le retrait de mi-

« denier (dit cet auteur) *ne se fait point sur la* « *première vente, mais sur la mutation qui* « *arrive* par la dissolution du mariage : de sorte « qu'*interim*, le mari a été véritable propriétaire ; et c'est tout de même que quand un « lignager a acquis un héritage, et que depuis il « vient à le revendre ; auquel cas le retrait se « peut faire, non pas sur la première vente, « mais sur la seconde. »

C'est fort mal à propos que cet auteur compare le cas du retrait de mi-denier au cas auquel un lignager a acquis un héritage, et le revend ensuite. On convient avec Duplessis, qu'en ce cas, le retrait se fait, non sur la première vente, mais sur la seconde, et conséquemment que les hypothèques et autres charges imposées par le premier acheteur subsistent. Mais, dans le cas du retrait de *mi-denier*, il n'y a pas une seconde vente ; il n'y a qu'une seule vente, qui est celle qui a été faite aux conjoints durant leur communauté : ce ne peut donc être que sur cette vente que le retrait s'exerce ; c'est au droit, que cette vente avait donné au conjoint étranger sur qui le retrait s'exerce, que le retrayant est subrogé par le retrait ; ce droit se résout en la personne de ce conjoint, pour passer en celle du retrayant, qui est censé avoir, en sa place, acheté du vendeur, et, par conséquent, toutes les charges imposées sur l'héritage par ce conjoint, doivent se résoudre, suivant la règle, *Soluto jure dantis*, *etc.* On ne sait ce que veut dire Duplessis, quand il dit : *Le retrait de mi-denier ne se fait pas sur la première vente; mais sur la mutation qui arrive par la dissolution du mariage.* A-t-on jamais dit qu'un retrait se fait *sur une mutation?* Un droit de retrait n'est autre chose que le droit de prendre le marché d'un autre : la mutation, qui arrive par la dissolution du mariage, n'est pas un marché ; il n'y a pas eu d'autre marché ni d'autre vente que celle qui a été faite aux conjoints durant la communauté : ce ne peut donc être que sur cette vente que le retrait peut s'exercer après la dissolution de la communauté. Quant à ce qu'ajoute Duplessis, que *le mari* (sur qui le retrait s'exerce) *interim, a été véritable propriétaire,* on en convient. Dans le retrait ordinaire, celui, sur qui on a exercé le retrait, a été aussi propriétaire, jusqu'à ce que le retrait ait été exercé ; mais, dans l'un et dans l'autre, ce droit de propriété, qu'il a eu, s'éteint en sa personne, et entraîne l'extinction de toutes les charges qu'il avait imposées sur l'héritage retiré.

§ IX. DES MANIÈRES DONT S'ÉTEINT LE RETRAIT DE MI-DENIER.

523. Le retrait de mi-denier, de même que le retrait ordinaire, s'éteint par la prescription annale, lorsque tous ceux, à qui la loi l'accorde, ont laissé passer l'an et jour dans lequel il doit être exercé.

Cette prescription court, comme dans le retrait ordinaire, contre les mineurs de même que contre les majeurs. Je pense, néanmoins, qu'il y a cette différence, que le retrait ordinaire, n'étant pas accordé déterminément à une personne de la famille, mais à toute la famille en général, ceux de la famille, qui auraient été pendant le temps du retrait dans l'impuissance absolue de l'exercer, *putà*, si c'étaient des mineurs, qui eussent été, pendant tout ce temps, destitués de tuteurs, ne pourraient pas, pour cela, prétendre que ce temps n'a pas couru contre eux, ni être, en conséquence, admis à l'exercer : au contraire, le retrait de mi-denier étant accordé spécialement et déterminément au conjoint lignager ou à ses héritiers lignagers ; si ces héritiers ont été dans cette impuissance, je pense que l'an et jour de ce retrait ne doit pas courir contre eux.

524. Quoique le retrait lignager ordinaire soit éteint indistinctement par le retour de l'héritage à la famille, avant aucune demande en retrait intentée, il n'en est pas de même du retrait de mi-denier ; car le conjoint lignager ou ses lignagers, ayant, pour ce retrait, la préférence sur tous les autres lignagers du vendeur, si le conjoint étranger, ou ses héritiers, quoiqu'avant aucune demande en retrait, disposaient de leur portion sujette à ce retrait envers un lignager, ce retour à la famille ne préjudicierait pas au droit qu'ont le conjoint lignager ou ses héritiers lignagers, d'exercer le retrait de cette portion préférablement à tous les autres lignagers.

525. Lorsque le conjoint lignager, ou ses héritiers lignagers, laissent comprendre, dans le partage des biens de la communauté, l'héritage, et qu'il tombe, soit pour le total, soit pour partie, au lot du conjoint étranger ou de ses héritiers, le conjoint lignager ou ses héritiers, qui ont souscrit à ce partage, sans protestation d'exercer le retrait, sont censés y avoir volontairement renoncé, et ce droit de retrait est éteint à leur égard ; mais il ne laisse pas de subsister à l'égard des autres lignagers, s'ils ont donné leur demande, ou s'ils sont encore dans le temps de la donner. Voyez *Paris, art.* 157.

APPENDICE

A LA PREMIÈRE PARTIE.

§ I. DE L'ACTION EN RÉPÉTITION DE RETRAIT.

526. Nous avons vu, au chapitre premier, l'attention qu'avaient eue les Coutumes à rechercher et punir les fraudes qui pourraient être concertées entre le vendeur et l'acheteur contre le droit de retrait des lignagers : elles n'ont pas été moins attentives à rechercher et empêcher celles qui pourraient être commises par les lignagers contre les acheteurs, en exerçant contre eux, sous leur nom, mais pour une personne étrangère, le retrait lignager qu'ils n'ont droit d'exercer que pour eux-mêmes.

Plusieurs Coutumes ont prévu cette fraude, et ont donné à l'acheteur, lorsqu'il la pouvait justifier, une action pour rentrer dans l'héritage qui a été retiré sur lui : on appelle cette action, *action en répétition de retrait*.

§ II. CE QUE C'EST QUE L'ACTION EN RÉPÉTITION DE RETRAIT; ET EN QUEL CAS ELLE A LIEU.

527. L'action en répétition de retrait est une action rescisoire de l'adjudication ou de la reconnaissance du retrait, fondée sur le dol du lignager, et de l'étranger à qui il a prêté son nom pour exercer le retrait.

Elle est, en même temps, *actio utilis in rem;* car l'adjudication ou reconnaissance du retrait, et l'aliénation, que l'acquéreur a faite de son héritage au retrayant, étant, par cette action, rescindées, l'acquéreur est censé en être demeuré propriétaire, et avoir, par conséquent, le droit de le revendiquer par cette action.

Au reste, c'est une *actio utilis* seulement, car, dans la vérité, l'acquéreur, en délaissant au faux retrayant l'héritage, *quamvis ex causâ erroneâ*, a aliéné cet héritage, ayant eu véritablement l'intention d'en abandonner la propriété au retrayant.

528. Dans les Coutumes, qui accordent cette action à l'acquéreur sur qui on a exercé un retrait frauduleux, il ne peut être douteux que l'acquéreur n'a pas besoin de se pourvoir par lettres de rescision. Il n'est pas nécessaire d'avoir recours au prince pour obtenir la rescision de quelque acte, lorsque la loi l'accorde elle-même, et donne une action pour cet effet. Dans les Coutumes, qui n'ont pas de disposition sur cette répétition de retrait, comme dans celle de Paris, et dans notre Coutume d'Orléans, la question pourrait souffrir plus de difficulté.

Cette action naît de la fraude concertée entre le lignager et la personne à qui le lignager a prêté son nom pour exercer le retrait, et lui faire passer l'héritage : l'acquéreur, pour réussir dans l'action de répétition de retrait, doit établir cette fraude.

Cette fraude serait pleinement justifiée, si on trouvait, sous un scellé, le traité fait entre le lignager et la personne à qui il a prêté son nom.

Pourrait-on admettre la preuve testimoniale de cette fraude? Aucune loi ne la défend ; néanmoins elle ne doit pas s'admettre indistinctement, mais seulement lorsqu'il y a déjà de fortes présomptions qui font un commencement de preuve.

Quelques Coutumes présument cette fraude, lorsque le lignager, qui a exercé le retrait, a revendu dans l'année l'héritage qu'il a retiré; *Anjou*, 398; *Maine*, 408; *Tours*, 171.

Hors de ces Coutumes, je ne pense pas que la proximité du temps dans lequel le lignager a revendu à un étranger l'héritage qu'il a retiré, soit suffisante pour faire présumer cette fraude; il a pu retirer de bonne foi pour son compte, et peu après s'être trouvé dans des circonstances qu'il ne prévoyait pas, et dont il n'est pas obligé de rendre compte, qui l'ont porté à revendre l'héritage qu'il a retiré : il a pu se dégoûter de cet héritage, et changer d'avis. Mais, lorsque cette circonstance de la proximité du temps concourt avec d'autres circonstances, elle peut contribuer à la faire présumer : cela doit être laissé à l'arbitrage du juge. Au défaut de preuve, l'acquéreur, qui intente cette action, peut déférer, à celui à qui le lignager a revendu l'héritage, le serment décisoire, s'il n'est pas vrai qu'il y a eu, entre le lignager et lui, une convention, suivant laquelle le lignager, en exerçant le retrait, n'a fait que lui prêter son nom pour lui faire passer l'héritage.

529. L'effet de cette action est, que, lorsque la fraude est constatée, le défendeur, qui est celui à qui le lignager a revendu l'héritage, sans avoir égard à l'adjudication ou reconnoissance

du retrait, qui doit être déclarée nulle et frauduleusement obtenue, ni, en conséquence, à la vente qui lui en a été faite par le retrayant, doit être condamné à rendre l'héritage au demandeur, qui est l'acheteur sur qui le retrait a été exercé, à la charge que ce demandeur rendra les sommes qui lui ont été remboursées par le retrayant : car le retrait n'ayant pas lieu, il n'a aucun sujet de les retenir.

530. Observez que l'acheteur, demandeur en répétition du retrait, n'étant obligé à cette restitution des sommes qu'il a reçues du retrayant, que par la règle d'équité qui ne permet pas que personne profite et s'enrichisse aux dépens d'un autre, *Neminem æquum est cum alterius detrimento locupletari*, il n'en est tenu qu'autant qu'il en a effectivement profité. C'est pourquoi, s'il était justifié qu'il n'en a pas profité, comme dans le cas auquel ces sommes auraient été payées à son tuteur, qui aurait fait banqueroute avant que de lui avoir rendu compte, il ne serait pas tenu à cette restitution; et il lui suffirait de céder les actions qu'il a pour ces sommes contre son tuteur : mais, à moins que le contraire ne soit justifié, il est présumé en avoir profité; *Vide in Pand. Justin. Tit., de condict. indeb., n.* 46.

531. L'acheteur, demandeur en répétition du retrait, ayant eu la jouissance du prix de l'héritage, qui lui a été remboursé par le retrayant, il en doit être fait compensation avec celle de l'héritage qui a été retiré sur lui.

SECONDE PARTIE.

Du droit de retrait conventionnel, et du droit de retrait seigneurial, conféré avec le droit de retrait lignager.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

532. Nous avons vu, au commencement de ce Traité, qu'il y avait trois principales espèces de droits de retrait, le lignager, le seigneurial et le conventionnel. Nous avons traité suffisamment du lignager en la première partie : il nous reste à dire quelque chose, dans celle-ci, des deux autres espèces de droit de retrait.

Par droit de retrait conventionnel, nous n'entendons pas ici le droit de réméré, que nous avons expliqué en notre Traité du Contrat de vente, *part.* 5, *chap.* 2, *sect.* 3. Quoiqu'on donne aussi quelquefois à ce droit de réméré le nom de *retrait conventionnel*, nous entendons ici, par le nom de retrait conventionnel, le droit qui naît d'une convention apposée, lors de l'aliénation qui a été faite de l'héritage, par laquelle celui, qui l'a aliéné, a stipulé que lui et ses successeurs auraient le droit, toutes les fois que l'héritage serait vendu, soit par l'acquéreur, soit par ses successeurs, d'avoir la préférence sur les acheteurs, et de prendre leur marché.

533. Il n'est pas nécessaire, pour avoir ce droit de retrait conventionnel, d'avoir la seigneurie directe de l'héritage qui y est sujet : celui, qui n'a pas la seigneurie directe de son héritage, et qui le tient à cens, peut, en l'aliénant, se réserver le droit de retrait conventionnel; et, pareillement, celui, qui retient en fief, peut, par l'aliénation qu'il en fait, en se dessaisissant de sa seigneurie directe, se réserver néanmoins ce droit de retrait conventionnel.

534. Le droit de retrait seigneurial est le droit qu'a le seigneur, en sa qualité de seigneur, de prendre le marché de l'acquéreur, lorsque l'héritage mouvant de lui est vendu.

535. La nature de ce droit est différente, suivant les différentes Coutumes. Dans celles de Tours, Montargis, et quelques autres, ce droit n'est accordé aux seigneurs, que pour réunir à leur fief dominant, celui qui en est mouvant, lorsqu'il est vendu. C'est pourquoi, dans ces Coutumes, on doit le définir, le droit qu'a le seigneur de prendre et réunir à son fief dominant le fief qui en est

mouvant, lorsqu'il est vendu, en indemnisant l'acquéreur de tout ce qu'il lui en a coûté pour l'acquérir.

536. Dans les autres Coutumes, Dumoulin pensait que, quoique la réunion actuelle ne fût pas de l'essence du retrait féodal, *formalis unio non est de essentiâ retractûs feodalis;* néanmoins, il était de l'essence de ce retrait, que le seigneur l'exerçât dans la vue de retenir l'héritage pour lui, et de le pouvoir réunir quand il le jugerait à propos.

Selon la nouvelle jurisprudence, la fin de la réunion n'est plus regardée comme essentielle au retrait seigneurial; le seigneur peut l'exercer pour toute autre fin, ne fût-ce que pour en retirer de l'émolument et profiter du bon marché. C'est pourquoi, on doit le définir aujourd'hui, le droit qu'a le seigneur, lorsque le fief, mouvant de lui, est vendu, de prendre le marché de l'acquéreur qu'il ne veut pas avoir pour vassal. Nous ne nous proposons pas de donner un Traité du Retrait seigneurial ou féodal; il y a un grand nombre de bons Traités sur cette matière, qui sont entre les mains de tout le monde; nous en avons aussi traité dans notre Introduction au Traité des Fiefs de la Coutume d'Orléans, *chap.* 7. Nous nous bornerons ici, à remarquer sommairement les convenances et les différences des trois espèces de retrait.

SECTION PREMIÈRE.

Convenances et différences sur la nature des différens droits de retrait, et de la préférence entre eux.

537. Ces différens droits conviennent en ce qu'ils consistent dans le droit de prendre le marché de l'acheteur : ils diffèrent principalement, comme nous l'avons déjà observé, *part.* 1, en ce que le droit de retrait lignager est une pure grâce, que la loi municipale accorde aux lignagers du vendeur, qui n'ont aucun droit dans l'héritage que leur parent juge à propos de vendre; au lieu que le droit de retrait conventionnel est un droit véritable, que celui, à qui il appartient, a dans l'héritage qui y est sujet, qui n'a été aliéné que sous cette charge.

Pareillement, le droit de retrait seigneurial est un véritable droit qui appartient au seigneur, comme renfermé dans le droit de seigneurie, que le seigneur a retenu par l'inféodation, dans les héritages mouvans de lui.

538. Ce droit de retrait seigneurial s'appelle aussi droit de retrait féodal; car c'est aux seigneurs de fief que la plupart des Coutumes attribuent ce droit. Peu de Coutumes l'ont étendu aux seigneurs de censive, comme nous le verrons *infrà*.

539. Ce droit de retrait féodal, dans les Coutumes qui l'admettent, est un droit qui appartient à la nature des fiefs. C'est pourquoi, suivant les principes établis en notre Traité des obligations, *n.* 7, il n'est pas nécessaire qu'il en soit fait mention dans l'acte d'inféodation. Suivant ce principe, soit que cet acte d'inféodation n'existe plus, soit qu'il existe, et qu'il ne soit faite aucune mention, par cet acte, du droit de retrait féodal, le seigneur ne laisse pas de devoir jouir de ce retrait; car le seigneur, en concédant l'héritage à titre de fief, est censé s'être retenu tous les droits qui sont de la nature des fiefs. Mais, si ce droit était expressément exclu par l'acte d'inféodation, le seigneur ne pourrait le prétendre; car ce droit est bien de la nature, mais il n'est pas de l'essence du fief.

540. Entre ces espèces de droits de retrait, lorsqu'ils se trouvent en concurrence, le droit de retrait lignager, suivant la plupart des Coutumes, qui forment le droit commun, l'emporte-t-il sur le droit de retrait féodal?

La raison de douter est, que le droit de retrait lignager, comme nous venons de l'observer, n'étant qu'une grâce de la Coutume, il semblerait que ce retrait devrait céder au féodal, qui est un véritable droit qu'a le seigneur, renfermé dans son droit de seigneurie directe; les lois, lorsqu'elles accordent des grâces, étant toujours censées les accorder sans préjudice du droit des tiers. La raison de décider a été, que, par la nature de l'inféodation et de l'investiture, le seigneur, en concédant son héritage à titre de fief, ou en recevant en foi un acquéreur, est censé lui concéder le fief pour lui et pour toute sa parenté. C'est pourquoi, il ne peut refuser d'en accorder le renouvellement d'investiture à

ceux de cette parenté, ni, par conséquent, exercer sur eux le retrait féodal, qui consiste, comme nous le verrons ci-après, dans le refus d'investiture.

541. On a poussé ce principe jusqu'à décider, que non seulement le seigneur féodal ne peut exercer le retrait féodal sur les acquéreurs lignagers ou retrayans lignagers; mais que les lignagers peuvent exercer le retrait lignager sur le seigneur, lorsqu'il les a prévenus dans le retrait, ou même lorsque le seigneur a acheté directement de leur parent. (Voyez *Orléans*, *art.* 365, *et les notes*.) La raison est, qu'il ne peut opposer aux lignagers, qui exercent le retrait sur lui, qu'il a, dans sa qualité de seigneur, un droit plus fort que le leur, pour acquérir l'héritage; car ayant accordé l'investiture pour toute la parenté de celui qu'il a investi, il n'a ce droit qu'à l'égard de ceux qui ne sont pas de cette parenté; *Molin. Consuet. Par.* § 22, *n.* 1.

542. Au contraire, suivant le même Dumoulin, *ibid. n.* 3, le droit de retrait conventionnel l'emporte sur le retrait lignager; car celui, qui s'est réservé ce droit, se l'étant réservé indistinctement pour toutes les fois que l'héritage serait vendu, sans aucune distinction des personnes à qui il serait vendu, il doit avoir lieu sur les lignagers, de même que sur les autres acquéreurs. L'aliénation, qui a été faite de cet héritage au premier acquéreur, n'ayant été faite que sous la charge de ce retrait conventionnel, lorsque l'héritage serait vendu; cet acheteur ou ses successeurs, qui l'ont revendu, n'en ayant été, lorsqu'ils l'ont revendu, propriétaires que sous cette charge, ils n'ont pas pu, en le vendant, transférer à leurs lignagers qui l'ont acquis, ou directement ou indirectement, par le retrait qu'ils ont exercé sur l'acheteur, plus de droit qu'ils n'en avaient eux-mêmes; et, par conséquent, les lignagers n'ont pu acquérir cet héritage, soit directement, soit par retrait, qu'à la charge de souffrir le retrait conventionnel.

543. Le retrait conventionnel est-il pareillement préférable au féodal? ou si c'est le féodal qui est préférable au conventionnel? On dira, en faveur du retrait féodal, que celui, qui exerce un retrait conventionnel, est vraiment acheteur en la place de celui sur qui il l'exerce, et, en cette qualité d'acheteur, sujet à tous les droits seigneuriaux qui ont lieu en cas de vente, et par conséquent au retrait féodal. On dit, au contraire, qu'il est vrai que celui, qui a exercé le retrait conventionnel, est sujet au profit de lods et ventes, mais qu'il ne faut pas toujours argumenter des lods et ventes au retrait féodal; que les lignagers, qui exercent le retrait lignager, sont sujets au profit de vente, sans néanmoins être sujets au retrait féodal; qu'on peut pareillement soutenir que celui, qui a exercé le retrait conventionnel, quoiqu'il soit sujet au profit de vente, ne doit pas être sujet au retrait féodal, parce qu'ayant été, ou celui au droit duquel il est, le vassal du seigneur, et n'ayant cessé de l'être que dans l'espérance de le redevenir par la clause de retrait conventionnel apposée à l'aliénation de son héritage, le seigneur aurait mauvaise grâce à le refuser pour vassal. D'ailleurs, il peut opposer, *Si vinco vincentem te, à fortiori vinco te*. Je suis, dira-t-il, préféré aux lignagers, comme nous l'avons vu ci-dessus; à plus forte raison je dois être préféré à vous, à qui les lignagers sont préférés. Ce sentiment paraît être celui de Dumoulin, *in Cons. Par.* § 33, *gl.* 2, *n.* 53: il pose pour maxime que *Retractus conventionalis excludit legalem, ut dictum est* § 22, *n.* 4; *etiam retractum proximitatis excluderet; multò fortiùs feudalem.* Il est vrai que Dumoulin, dans cet endroit, traite du droit de réméré; mais il pose cette maxime comme une maxime générale, qui comprend les différentes espèces de retrait conventionnel, et par conséquent celle, qui consiste dans le droit de prendre le marché de l'acheteur, lorsque la chose est vendue, dont il a traité en sa glose sur l'article 22: c'est ce qui résulte évidemment de ces termes, *ut dictum est* § 22, *etc.*

Il y a néanmoins des jurisconsultes, qui pensent que cette espèce de retrait conventionnel ne doit avoir la préférence sur le droit de retrait féodal, que lorsque ce droit de retrait conventionnel est limité, ou à la personne de celui qui a aliéné l'héritage, ou à un certain temps, et qu'il ne doit pas l'avoir, lorsque c'est un droit perpétuel, parce qu'il ne doit pas être au pouvoir du vassal, en imposant la charge d'un droit perpétuel de retrait conventionnel sur son héritage, de donner une atteinte considérable au droit de retrait du seigneur: c'est l'avis de M. R.

544. Lorsque, par l'acte d'inféodation, il y a une clause expresse qui porte, que, toutes les fois que le fief sera vendu par le vassal, le seigneur pourra le retirer sur l'acheteur, le droit de retrait, qui résulte de cette clause, n'est pas un simple droit de retrait féodal, mais un droit de retrait conventionnel, qui doit donner la préférence au seigneur sur les lignagers; *Molin.* § 22, *n.* 4. Il en serait autrement si l'acte d'inféodation portait seulement, que l'héritage est concédé *à la charge de la foi et hommage, des profits, droits de retrait, et autres charges portées par les Coutumes*: le droit de retrait, porté par cette clause, n'est que le droit ordinaire du retrait féodal, qui doit céder au lignager.

545. Lorsque vous avez acquis de moi un héritage, à la charge que moi et mes successeurs aurions le droit de retrait, toutes les fois qu'il

serait vendu, et que vous (ou quelqu'un de vos successeurs) l'avez vendu à Pierre avec pareille clause, que, lorsque l'héritage serait vendu, vous auriez le droit de retrait; il n'est pas douteux que, lorsque l'héritage sera vendu par Pierre ou ses successeurs, moi et mes successeurs vous serons préférés, et à vos successeurs, pour le droit de retrait; car, en vous retenant un droit de retrait sur l'héritage, lorsque vous l'avez vendu à Pierre, vous n'avez pas pu préjudicier à celui que moi et mes successeurs y avions, et à la charge duquel vous tenez vous-même l'héritage.

Ne pouvait-on pas dire de même, que, lorsque j'ai vendu mon fief à la charge du droit de retrait lorsqu'il serait vendu, je n'ai pu préjudicier au droit de retrait du seigneur? Non : la raison de différence est, que, lorsque le seigneur m'a investi de mon fief, il m'a donné le droit d'en jouir et d'en disposer de telles manières et à telles charges que bon me semblerait, et, par conséquent, d'en disposer, même à la charge de ce retrait. Étant donc censé avoir tacitement approuvé cette convention de retrait, il n'en peut empêcher l'exécution en exerçant le retrait féodal; et son droit de retrait féodal doit céder au conventionnel, comme nous l'avons vu *suprà*.

SECTION II.

CONVENANCES ET DIFFÉRENCES SUR LA NATURE DE L'ACTION QUI NAÎT DES DIFFÉRENS DROITS DE RETRAIT.

546. Le droit de retrait lignager n'étant qu'une grâce, que les Coutumes accordent aux lignagers, qui n'ont aucun droit dans l'héritage que leur parent a vendu; il s'ensuit que l'action, qui en résulte, ne peut être qu'une action personnelle qui naît de l'obligation que l'acquéreur, en acquérant, a contractée de céder aux lignagers son marché, s'ils jugeaient à propos de le retirer, laquelle obligation est formée par la loi municipale : elle est néanmoins personnelle réelle, parce que la loi affecte l'héritage à l'accomplissement de cette obligation.

Au contraire, le droit de retrait féodal, et le droit de retrait conventionnel, étant des droits réels, que celui, à qui ils appartiennent, a dans l'héritage qui y est sujet, et qui ont été retenus par l'inféodation ou par l'aliénation de l'héritage, on peut dire que l'action, qui résulte de ces droits de retrait, lorsqu'il y a ouverture, est une espèce d'action réelle, qui a néanmoins les conclusions de l'action personnelle; car le retrayant *intendit rem sibi dare oportere.*

547. Nous avons vu ci-dessus, *part.* 1, *chap.* 2, que l'action de retrait lignager n'était pas cessible. Au contraire, l'action de retrait conventionnel est cessible; car le droit de retrait conventionnel, et l'action qui en résulte, n'ont d'autre fin que de profiter du bon marché, lorsque l'héritage sujet à ce droit est vendu, cette action fait partie des biens de celui à qui elle appartient, et il peut en disposer comme de tous ses autres biens.

L'action de retrait féodal a souffert autrefois plus de difficulté. Dumoulin pensait qu'elle n'était pas cessible; mais aujourd'hui, si vous exceptez quelques Coutumes, comme Tours, Montargis, qui n'accordent le droit de retrait féodal que pour réunir au fief dominant celui qui a été vendu, et dans lesquelles il est évident que l'action de retrait féodal ne peut être cessible; dans toutes les autres, la jurisprudence du parlement de Paris est constante, que le seigneur peut céder, à qui bon lui semble, son action de retrait féodal. *Nec obstat* que le retrait féodal, renfermant un refus que le seigneur fait d'investir l'acquéreur sur qui le retrait s'exerce, il semble qu'il n'y a que le seigneur à qui seul appartient d'accorder l'investiture, qui puisse la refuser, et exercer le retrait féodal : car, par la cession, que le seigneur fait de son action, et par le retrait que les cessionnaires du seigneur exercent comme étant à ses droits, *et tanquàm ejus procuratores in rem suam*, le seigneur refuse l'investiture à l'acquéreur sur qui le retrait est exercé, autant que s'il exerçait le retrait pour lui-même. Sur la jurisprudence des différens Parlemens à cet égard, voyez *les Observations sur Henrys, tome* 1, *liv.* 3, *chap.* 3, *quest.* 16.

548. L'action de retrait lignager, comme nous l'avons vu, *partie première*, n'appartenant à aucune personne de la famille, *determinatè*, jusqu'à ce qu'elle ait été intentée, ne se transmet pas aux héritiers du lignager, que lorsqu'il meurt après l'avoir intentée. Au contraire, l'action de retrait féodal, et celle de retrait conventionnel, sont transmissibles aux héritiers de celui à qui elles appartiennent, quoiqu'elles n'aient pas encore été intentées.

549. Lorsque la seigneurie est un propre, ou lorsque le fonds d'un droit de retrait conventionnel, qui m'appartient, est un propre, l'action de retrait féodal, ou de retrait conventionnel, qui a été ouverte à mon profit, se transmet-elle à mon héritier aux propres, ou à mon héritier aux acquêts? On peut dire, en faveur de l'héritier aux acquêts, que si j'étais mort après avoir exercé ce retrait, l'héritage, que j'aurais retiré, aurait été en ma personne un acquêt, puisque mon titre immédiat aurait été le contrat de vente, qui en a été fait à la personne, sur qui j'ai exercé le retrait, aux droits de laquelle j'ai été subrogé : donc, dira-t-on, l'action de retrait, qui doit se terminer à cet héritage, doit être con-

sidérée comme un acquêt, l'action devant suivre la nature de la chose à laquelle elle se doit terminer. Quoique le fonds du droit de retrait fût propre, il ne s'ensuit pas que le droit qui en naît soit pareillement propre : cette action étant quelque chose de distingué du fonds du droit dont elle est née, comme la fille l'est de la mère, elle peut avoir une qualité différente. Enfin, il n'y a que les choses, qui nous sont advenues par succession, qui soient des propres. Le fonds du droit de retrait m'est bien advenu par succession; mais l'action de retrait, qui en est née, et qui, comme nous l'avons observé ci-dessus, est quelque chose de distingué du fonds du droit de retrait, ne m'est pas advenue par succession; le titre, en vertu duquel elle m'appartient, est le titre *pro suo;* c'est celui par lequel le propriétaire d'une chose acquiert les fruits, et tout ce qui naît de cette chose.

Nonobstant ces raisons, je pense qu'on doit décider que l'héritier aux propres, qui succède à la seigneurie et au fonds du droit de retrait féodal qui y est attaché, doit aussi succéder à l'action. La raison est, que l'action de retrait féodal, qui renferme un refus d'investir l'acquéreur sur qui le retrait s'exerce, ne pouvant s'exercer, par conséquent, que par le seigneur, ou par ses cessionnaires, par lesquels ce seigneur est censé lui-même l'exercer, cette action, jusqu'à ce qu'elle soit exercée, est inséparable de la seigneurie : ainsi le seul héritier aux propres, qui succède à la seigneurie, *peut succéder* à cette action qui s'y trouve attachée. Inutilement l'héritier aux acquêts succéderait-il à cette action de retrait féodal, puisque, ne succédant pas à la seigneurie, il serait incapable d'exercer ce retrait, qui ne peut l'être que par le seigneur lui-même, à qui il appartient d'accorder ou de refuser l'investiture, ou par ses cessionnaires qui le représentent.

Il n'en est pas de même de l'action de retrait conventionnel, quoique le fonds du droit de retrait conventionnel soit propre, et que l'héritier aux propres y succède; l'action de retrait conventionnel, qui est née de ce droit, par la vente qui y a donné ouverture, n'étant point inséparable du fonds du droit, l'héritier aux acquêts y doit succéder.

550. Quoique, régulièrement, l'action de retrait conventionnel soit cessible et transmissible aux héritiers de celui à qui elle appartient, néanmoins elle pourrait n'être ni cessible ni transmissible, si telle avait été la volonté des parties lors de la convention; car, comme la volonté des parties forme le droit de retrait conventionnel, c'est elle qui en doit régler la nature.

551. Si la convention portait, *à la charge* que, *lorsque l'héritage sera vendu par l'acheteur ou ses successeurs, le vendeur* SEUL *aura le droit de le retirer;* il est clair que ce terme *seul* exclut la cessibilité de ce droit, et de l'action qui en naît : mais exclut-il de même la transmissibilité? Tiraqueau, après avoir rapporté les sentimens d'un grand nombre d'auteurs pour et contre, décide fort bien que ce terme *seul* n'a d'autre sens, sinon que le vendeur ne pourra céder son droit. Mais ce terme n'empêche pas que ce droit de retrait ne passe aux héritiers du vendeur, tant médiats qu'immédiats : ces héritiers étant successeurs *in universum jus defuncti*, ils succèdent à cette qualité de *vendeur* à laquelle le droit de retrait a été réservé.

552. Il faudrait décider autrement, si, par le contrat d'aliénation que Pierre a faite de son héritage, il était dit que *Pierre seul* pourrait, lorsque l'héritage serait revendu, en exercer le retrait. Le droit, en ce cas, ne serait ni cessible ni transmissible aux héritiers de Pierre; car c'est à la personne naturelle de Pierre, en ce cas, que le droit de retrait aurait été retenu; et les héritiers de Pierre, quoiqu'ils succèdent aux droits de Pierre et à sa personne civile, ne sont pas néanmoins Pierre.

553. Ce que nous avons dit, à la fin du chapitre 2, sur la divisibilité de l'action de retrait lignager, peut s'appliquer au seigneurial et au conventionnel.

SECTION III.

CONVENANCES ET DIFFÉRENCES SUR LES CHOSES SUJETTES AU DROIT DE RETRAIT.

554. Les trois espèces de droit de retrait conviennent en ce qu'il n'y a que des immeubles qui puissent être sujets au droit de retrait; les meubles n'en sont pas susceptibles, si ce n'est quelquefois lorsqu'ils font partie du marché d'un immeuble.

C'est pourquoi, si, par la vente que je vous ai faite d'un certain meuble, j'étais convenu, qu'en cas de revente, moi et mes successeurs aurions la préférence sur tout autre acheteur, sur lequel nous aurions droit de retrait, il résulterait bien de cette convention une obligation personnelle de votre part; et dans le cas auquel, contre la foi de cette convention, vous auriez vendu à quelqu'un cette chose, sans m'offrir la préférence, j'aurais une action personnelle contre vous pour me faire délaisser cette chose au même prix que vous l'avez vendue, dans le cas auquel elle serait encore par devers vous; ou une action en dommages et intérêts, dans le cas auquel la tradition en aurait été faite : mais il ne résulterait de cette convention aucun droit de retrait que je pusse exercer contre l'acheteur. La raison est, que, selon les principes de

notre jurisprudence française, établie pour la facilité du commerce, les choses mobilières ne sont susceptibles d'aucuns droits réels qui puissent être suivis contre des tiers. C'est par cette raison que les meubles n'ont pas de suite par hypothèque. Par la même raison, ils ne peuvent être, par une convention, chargés d'un droit de retrait conventionnel qui puisse être poursuivi contre des tiers.

555. Les trois espèces de retrait diffèrent sur les choses qui y sont sujettes, en ce qu'il n'y a que les héritages propres qui soient sujets au retrait lignager, dans la plupart des Coutumes, comme nous l'avons vu amplement au chapitre 3. Dans les deux autres espèces de retrait, la qualité de propre n'est d'aucune considération. Les choses sujettes au retrait féodal, sont les choses tenues en fief du seigneur, à qui le droit appartient; les choses, sujettes au retrait conventionnel, sont les héritages qu'on est convenu qui y seraient sujets lors de l'aliénation qui en a été faite.

556. Observez qu'il n'y a que le fief même qui soit sujet au retrait féodal; qu'il n'y a que la vente qui est faite du fief même, qui puisse donner ouverture à ce droit, de même qu'aux lods et ventes; sur quoi *voyez* ce que nous avons dit *en notre Introduction ou Titre des Fiefs de la Coutume d'Orléans, chap.* 5, *art.* 3, où nous renvoyons, pour ne pas nous répéter.

557. La disposition de l'article 395 de notre Coutume d'Orléans, que nous avons rapportée *suprà, n.* 70, qui rend sujet au retrait lignager tout ce qui a été vendu par un même marché et pour un même prix, avec le propre qui y est sujet, étant une disposition contraire au droit commun, ne doit être étendue ni au retrait féodal, ni au retrait conventionnel. C'est pourquoi, même dans cette Coutume, celui, qui a droit de retrait féodal ou de retrait conventionnel, ne peut exercer le retrait que des héritages qui y sont sujets, et non du surplus de ce qui est compris au marché.

558. Néanmoins, dans toutes ces espèces de retrait, il est équitable que le retrayant puisse retirer des meubles aratoires, qui servent à l'exploitation de l'héritage sujet au retrait, et qui ont été vendus par un même marché avec cet héritage, comme nous l'avons vu *suprà, n.* 68.

SECTION IV.

CONVENANCES ET DIFFÉRENCES SUR LES CONTRATS QUI DONNENT OUVERTURE AU RETRAIT.

559. Ce que nous avons dit des contrats qui donnent ou ne donnent pas ouverture au retrait lignager, convient et peut être étendu au retrait féodal et au retrait conventionnel, à moins qu'il ne se trouvât dans les titres quelque clause particulière qui étendît ce droit de retrait à d'autres contrats, qu'à ceux qui donnent ouverture au retrait lignager, ou qui en exclût quelqu'un de ceux qui y donnent ouverture.

560. Notre principe reçoit une autre exception dans les Coutumes qui décident que les ventes par décret ne sont pas sujettes au retrait. Cette décision doit être restreinte au retrait lignager, et elle ne doit s'étendre ni au retrait féodal, ni au conventionnel. La raison de différence est, que le retrait lignager n'étant qu'une grâce fondée sur la faveur de la conservation des héritages dans les familles, la loi ne fait point de tort aux lignagers, en ne leur accordant point cette grâce dans les ventes par décret, qu'une autre raison de faveur pour le débiteur saisi porte à exempter du retrait, pour faire trouver plus d'enchérisseurs : mais le retrait féodal, non plus que le conventionnel, n'étant pas une pure grâce, mais un droit véritable, la faveur, que mérite le débiteur saisi, n'est pas une raison suffisante pour priver de leurs droits, dans les ventes par décret, ceux à qui ce droit appartient. Voyez *la note sur l'article* 400 *de la Coutume d'Orléans.* Observez que, pour pouvoir exercer le retrait conventionnel sur une vente par décret, il faut avoir formé opposition au décret. Faute de cette opposition, le décret aurait purgé et éteint le droit de retrait conventionnel, de même qu'il purge tous les autres droits : il en est autrement du retrait féodal; car le décret ne purge pas les droits seigneuriaux.

SECTION V.

DE QUAND LE CONTRAT DE VENTE DONNE-T-IL OUVERTURE AU RETRAIT FÉODAL ET AU CONVENTIONNEL?

561. Suivant la doctrine de Dumoulin, *in Cons. Par.* § 20, *gl.* 3, *n.* 4 *et seq.*, le contrat de vente, aussitôt qu'il est parfait par le consentement des parties, donne ouverture au retrait féodal, de même qu'au profit, quoiqu'il n'ait pas encore été exécuté, et qu'il ne soit intervenu aucune tradition, ni réelle, ni même fictive. Voyez *notre Introd. ou Titre des Fiefs de la Coutume d'Orléans, n.* 247.

Néanmoins, si, la chose étant entière, et avant la tradition réelle de l'héritage, les parties contractantes s'étaient désistées du contrat de vente, la vente serait regardée comme non avenue, et le retrait cesserait d'avoir lieu.

Mais, lorsque la vente a été exécutée par la tradition réelle, la rétrocession, qui serait faite depuis de l'héritage au vendeur, ne priverait pas le seigneur du retrait féodal qui lui a été acquis,

quoiqu'il ne l'eût pas encore exercé : en cela, le retrait féodal diffère du lignager, qui s'éteint par le retour de l'héritage à la famille avant que la demande en retrait ait été donnée. Voyez-en la raison *suprà*, *n.* 476.

562. Il ne peut être douteux, à l'égard du retrait féodal, qu'il ne peut y avoir ouverture à ce retrait, tant que la condition suspensive, sans laquelle la vente a été contractée, n'est pas encore accomplie ; car il n'y a pas encore de vente; il y a seulement espérance qu'il y en aura une, si la condition existe : il n'y a pas, en conséquence, ouverture au profit de vente, ni par conséquent au retrait féodal, auquel il n'y a jamais ouverture, que dans le cas où il y a ouverture au profit, quoique, *contrà vice versâ*, il y ait des cas où il y a ouverture au profit de vente, sans qu'il y ait ouverture au retrait. *Voyez*, sur ces ventes conditionnelles, *Dumoulin*, § 20, *gl.* 5, *quest.* 4, *n.* 23, *et notre Introduction au Titre des Fiefs, chap.* 7, *art.* 3, où nous en avons donné un extrait.

563. Tout ce qui vient d'être dit, dans ce paragraphe, à l'égard du retrait féodal, me paraît devoir avoir lieu pour le retrait conventionnel, à moins que les termes de la convention qui l'a établi, ne renfermassent quelque chose de contraire.

SECTION VI.

DES PERSONNES A QUI LE DROIT DE RETRAIT SEIGNEURIAL ET LE DROIT DE RETRAIT CONVENTIONNEL APPARTIENNENT.

564. Suivant le droit commun des Coutumes, le droit de retrait seigneurial est accordé à tous les seigneurs de fief; les seigneurs de censive n'ont pas ce droit, si ce n'est dans un petit nombre de Coutumes qui le leur accordent.

Quelques Coutumes n'accordent pas même indistinctement à tous les seigneurs de fief le droit de retrait, mais seulement aux seigneurs châtelains, ou d'une plus haute dignité.

Dans cette variété de Coutumes, c'est celle du lieu, où est situé l'héritage, qu'on prétend sujet ou non sujet au retrait seigneurial, qui doit décider s'il y est sujet; car la sujétion à ce retrait est une qualité de l'héritage que la loi lui imprime : or, il n'y a que celle à laquelle il est soumis, c'est-à-dire, celle, dans le territoire de laquelle il est situé, qui puisse lui imprimer cette qualité; une loi étrangère ne le peut, les lois ne pouvant exercer aucun empire hors de leur territoire.

C'est pourquoi, je ne puis approuver la distinction que fait Guyot, en son *Traité du Retrait seigneurial*, lorsqu'il dit que ce retrait se règle, à la vérité, par la Coutume du fief servant, pour la façon de l'exercer, et son exécution ; mais que c'est celle du fief dominant qui doit régler le pouvoir de l'exercer, parce que ce droit est une qualité du fief dominant. Je réponds qu'il faut distinguer, dans le fief dominant, les choses corporelles, et les droits incorporels dont il est composé : les choses corporelles sont le château et les héritages possédés en domaine par le seigneur. Les droits incorporels sont les droits de seigneurie directe sur les héritages relevans en fief ou en censive du fief dominant. Ces droits sont, de même que les choses corporelles, les parties intégrantes du fief dominant, et ces différentes parties sont des choses très distinguées entre elles, qui ont chacune une nature et des qualités qui leur sont propres. Lorsqu'on dit que le droit de retrait féodal est une des qualités du fief dominant, ce n'est pas du château, ni des autres parties corporelles du fief dominant, que l'on entend parler : c'est de ces droits de seigneurie directe et de supériorité féodale sur les héritages qui en relèvent. Or, c'est un principe commun à tous les droits qu'on a sur des héritages, que leur nature et leurs qualités se règlent par la loi du lieu où sont situés les héritages, sur lesquels ces droits sont à prendre, et qui sont le *subjectum materiale* desdits droits : donc les fiefs servans étant le *subjectum materiale* de ces droits de directe et de supériorité féodale, et étant la chose sur laquelle ils sont à prendre, c'est la loi du lieu, où sont situés les fiefs servans, qui doit régler la nature et les qualités de ces droits de directe et de supériorité féodale; c'est, par conséquent, cette loi qui doit décider, si le droit de retrait féodal est attaché à ces droits de directe, et qui en doit régler la nature.

Il n'y a que la forme de porter la foi, qui doit se régler par la loi du lieu où est situé le corps du fief dominant, parce que c'est en ce lieu qu'elle est portée, et que c'est une règle que les formalités des actes se règlent par la loi du lieu où ils se passent.

565. Il y a variété dans les Coutumes, sur la question, si l'Église a le droit de retrait seigneurial sur les héritages et autres droits mobiliers relevans en fief de ses seigneuries. Quelques Coutumes le lui refusent, d'autres le lui accordent expressément : dans celles qui ne s'en expliquent pas, l'opinion commune était qu'elle devait avoir ce droit, de même que tous les autres seigneurs; mais, par l'édit de 1749, l'Église a été, pour des raisons politiques, privée de ce droit par tout le royaume. Voyez *notre Introduction au Titre des Fiefs, chap.* 7, *art.* 3.

566. Quelques auteurs ont autrefois contesté au roi le droit de retrait seigneurial. Loysel en a fait une règle; mais ce sentiment, qui n'était

appuyé d'aucune autre bonne raison, a été rejeté, et il ne lui est plus aujourd'hui contesté.

567. Le droit de retrait conventionnel appartient à celui qui a retenu ce droit, par l'aliénation qu'il a faite de son héritage, à ses héritiers ou autres successeurs à ce droit. L'édit de 1749, qui défend aux gens de mainmorte d'acquérir à l'avenir des héritages, a fait naître la question, si, depuis cet édit, ils peuvent exercer, pour leur compte, cette espèce de retrait conventionnel, que nous appelons, dans notre province d'Orléans, *droit de refus*, sur les héritages qu'ils ont anciennement aliénés, lorsque ces héritages sont vendus. J'ai ouï dire que le chapitre de Saint-Pierre-en-Pont d'Orléans avait été admis à exercer le retrait, par sentence du Châtelet de Paris, rendue en la présente année 1762. Leurs moyens étaient, que, l'héritage leur ayant anciennement appartenu, ce n'était pas de leur part une nouvelle acquisition, ni, par conséquent, une contravention à l'édit, lorsqu'ils en redeviennent propriétaires en vertu du droit de refus qu'ils s'y étaient retenu. J'aurais de la peine à me rendre à cette décision. J'avoue que, lorsque des gens de mainmorte, en aliénant un héritage, y ont retenu un droit d'y rentrer, tel qu'un droit de réversion au bout d'un certain temps, ou lors de l'événement d'une certaine condition, ou un droit de réméré, l'édit de 1749 ne les empêche pas de rentrer dans cet héritage, lorsqu'il y a ouverture à ce droit, parce qu'en ce cas, ce n'est pas une acquisition qu'ils font de cet héritage; ce n'est par aucun nouveau titre qu'ils en redeviennent propriétaires, mais par la résolution et la cessation de l'aliénation qu'ils en avaient faite. Mais le droit de refus, qu'on se retient sur un héritage en l'aliénant, n'est pas proprement un *droit de rentrer* dans l'héritage : c'est le droit de l'acheter préférablement à celui à qui il aura été vendu. Celui, qui exerce le droit de refus, ne rentre pas dans l'héritage par une résolution de l'aliénation qu'il en a faite; mais il l'acquiert et il l'achète véritablement : son titre d'acquisition est la vente qui en a été faite à celui sur qui il exerce le droit de refus, à l'achat duquel il est subrogé; il en doit les lods et ventes. Or, si celui qui exerce un droit de refus, achète et acquiert véritablement l'héritage, c'est une conséquence que les gens de mainmorte ne peuvent plus, depuis l'édit de 1749, l'exercer pour leur compte, puisque cet édit leur interdit tous achats et toutes acquisitions d'héritages; cet édit n'ayant fait aucune exception, ils ne peuvent pas prétendre que les acquisitions des héritages, qui leur ont appartenu autrefois, et pour lesquels ils ont conservé un droit de refus, en doivent être exceptées.

568. L'édit n'ayant pas privé expressément les gens de mainmorte des droits de retrait conventionnel qui leur appartiennent, comme il les a privés de leur droit de retrait seigneurial, on ne peut leur contester le droit de pouvoir céder à des particuliers leur action de retrait conventionnel, lorsqu'il y a ouverture, pour être exercés par lesdits particuliers et au profit desdits particuliers : les gens de mainmorte ne contreviennent point, par cette cession, à l'édit, puisque ce ne sont point eux qui acquièrent, mais des particuliers leurs cessionnaires, et que les biens ne sont pas mis hors du commerce.

SECTION VII.

PAR QUI LE RETRAIT SEIGNEURIAL ET LE RETRAIT CONVENTIONNEL PEUVENT-ILS ÊTRE EXERCÉS?

569. Quoique le retrait féodal, auquel donne ouverture la vente du fief qui relève d'une certaine seigneurie, soit une espèce de fruit civil de la seigneurie; néanmoins, comme l'exercice de ce retrait renferme un refus d'accorder l'investiture à l'acheteur sur qui le retrait s'exerce, et que le refus de l'investiture ne peut être fait que par celui qui a le droit de l'accorder, il s'ensuit que ce retrait ne peut être exercé que par le seigneur, ou par celui à qui il l'a cédé, qui l'exerce au nom du seigneur, *et tanquàm illius procurator in rem suam*; et, quoique ce retrait soit un fruit civil de la seigneurie, c'est une espèce de fruit qui ne peut être perçu que par le seigneur. C'est ce qui est fort bien expliqué par Guyot, en son *Traité des Fiefs*.

De ce principe, on a tiré plusieurs corollaires. 1° Que celui, qui a aliéné la seigneurie, ne peut, depuis qu'il l'a aliénée, exercer le retrait féodal, quoique né pendant qu'il était seigneur. 2° L'usufruitier de la seigneurie ne peut exercer le retrait féodal des fiefs relevans de cette seigneurie, vendus pendant le temps de l'usufruitier, si ce n'est comme procureur légal à cet égard du seigneur; et par conséquent, il ne peut l'exercer contre le gré du seigneur.

Il ne peut l'exercer qu'à la charge de lui rendre, après l'extinction de l'usufruit, le fief retiré, si le seigneur veut l'indemniser du coût du retrait; *Molin.*, § 20, *gl.* 1, *q.* 2.

3° Le mari, ayant droit de recevoir en foi les vassaux de sa femme, peut bien exercer le retrait féodal des fiefs relevans des seigneuries de sa femme; mais il ne le peut qu'en sa qualité de mari d'une telle, et pour le compte de sa femme, *ad causam uxoris suæ*. C'est pourquoi, lors de la dissolution de la communauté, le fief retiré doit demeurer à la femme, à la charge de la récompense envers la communauté; *Molin.*, *ibid.*, *n.* 47 *et* 48.

Il en est autrement du suzerain, qui a exercé le retrait féodal d'un arrière-fief vendu pendant qu'il tenait en sa main le fief de son vassal, dont cet arrière-fief était mouvant; il n'est pas obligé de le rendre à son vassal, après la main-levée de la saisie; car le droit, en vertu duquel il en a exercé le retrait, n'est pas un droit qu'il tînt de son vassal; *Molin. art.* 55, *gl.* 10, *n.* 44.

570. Il est évident que le principe, que nous avons établi à l'égard du retrait féodal, ne reçoit aucune application au simple retrait conventionnel ou droit de refus, comme nous l'appelons; c'est pourquoi les décisions, que nous avons tirées comme des corollaires de ce principe, ne doivent pas être étendues au retrait conventionnel.

L'action de retrait conventionnel, à laquelle donne ouverture la vente de l'héritage sujet à ce droit, est un pur fruit civil du fonds du droit de retrait conventionnel, qui en est séparable et distingué comme la fille l'est de la mère; cette action étant née lors de cette vente, et acquise à celui à qui la pleine propriété du fonds du droit conventionnel appartient, elle continue de lui appartenir, quoiqu'il ait depuis aliéné le fonds du droit de retrait conventionnel, à moins qu'il ne l'ait pareillement cédée à l'acquéreur; et, quoiqu'il ait cessé d'être propriétaire du fonds du droit, rien n'empêche qu'il ne puisse exercer à son profit cette action.

Par la même raison, lorsque quelqu'un a l'usufruit du droit de retrait conventionnel, les actions de retrait conventionnel, auxquelles donnent naissance les ventes des héritages sujets à ce droit, faites durant le temps de cet usufruit, étant de purs fruits civils de ce droit, appartiennent entièrement à cet usufruitier, qui peut en disposer, les céder à qui bon lui semblera, ou les exercer à son profit, même malgré le propriétaire du fonds du droit de retrait, et sans que l'usufruitier soit tenu, après l'extinction de son usufruit, de lui rendre les héritages qu'il aura retirés. Les héritiers de l'usufruitier peuvent même, après l'extinction du droit d'usufruit, exercer à leur profit les actions de retrait conventionnel nées durant le temps de l'usufruit.

Par la même raison, le mari étant usufruitier des propres de sa femme pendant le mariage, les actions de retrait conventionnel nées pendant le mariage, auxquelles la vente de l'héritage sujet à un droit de retrait conventionnel, propre de sa femme, a donné ouverture, appartiennent entièrement au mari, qui n'est point obligé de rendre à sa femme, après la dissolution du mariage, les héritages qu'il aura retirés.

A l'égard du retrait seigneurial, que quelques Coutumes accordent aux seigneurs de censive, le principe, que nous avons établi pour le retrait féodal, peut recevoir quelque application par rapport à ce retrait; car, quoique les seigneurs de censive n'accordent pas à leurs censitaires une investiture pareille à celle qu'accordent les seigneurs de fief à leurs vassaux, ils leur accordent une espèce de saisine, ils les agréent pour leurs censitaires. On peut donc pareillement dire que le retrait seigneurial, que les Coutumes leur accordent, renferme un refus de les agréer pour censitaires, qui ne peut, par conséquent, être exercé que par le seigneur de censive, ou, en son nom, par son cessionnaire; et, en conséquence, les décisions, que nous avons données pour le retrait féodal, comme des corollaires de ce principe, peuvent s'étendre à ce retrait seigneurial censuel.

SECTION VIII.

DES CAUSES QUI EXCLUENT DU RETRAIT CONVENTIONNEL ET DU RETRAIT SEIGNEURIAL; CONVENANCES ET DIFFÉRENCES, A CET ÉGARD, DE CES RETRAITS AVEC LE RETRAIT LIGNAGER.

571. Le seigneur ne peut exercer le retrait seigneurial sur la vente qu'il a faite, et il en est de même de celui qui a droit de retrait conventionnel. Ce que nous avons dit à cet égard, en traitant du retrait lignager, *chap.* 5, *art.* 2, *n.* 149, reçoit ici application.

572. Le retrait féodal étant établi par les Coutumes, de même que le lignager, et le vendeur n'en étant pas garant, le seigneur est admis au retrait féodal, quoiqu'il soit devenu l'héritier du vendeur, ou caution du vendeur.

Il n'en est pas de même du retrait conventionnel; le vendeur est obligé d'en garantir l'acheteur, de même que de toutes les autres évictions, s'il n'a pas déclaré par le contrat que l'héritage était sujet à ce retrait. Il suit de là que, lorsque la vente a été faite sans cette déclaration, celui, à qui le droit de retrait conventionnel appartient, n'est pas recevable à l'exercer, s'il est héritier pur et simple du vendeur, ou s'il est caution de la vente, ou héritier d'une caution, suivant la règle, *Quem de evictione tenet actio, eum agentem repellit exceptio.* Voyez *suprà* le Traité du contrat de vente, *part.* 2, *sect.* 2, *art.* 6.

573. Enfin, le seigneur est non recevable dans le retrait, lorsqu'il y a renoncé même tacitement, *putà*, en faisant choix du profit de vente, ou en recevant en foi l'acquéreur; Voyez *sur ce notre Introduction au titre des Fiefs*, *chap.* 7, *art.* 7.

Pareillement, celui, à qui le droit de retrait conventionnel appartient, est censé avoir renoncé à l'action de retrait, lorsqu'il a accepté

la reconnaissance de l'acheteur, ou lorsque le droit de retrait conventionnel étant accompagné de quelque rente foncière sur l'héritage, il donne quittance à l'acheteur de quelques arrérages de cette rente, sans réserve de son action de retrait.

574. Mais, quoique celui, qui a droit de retrait seigneurial, ou de retrait conventionnel, sur un héritage, ait autorisé sa femme, à qui cet héritage appartenait, pour la vendre; quoiqu'il en ait reçu le contrat de vente comme notaire, ou qu'il y ait assisté comme témoin; quoiqu'il en ait poursuivi la vente comme saisissant; quoiqu'il en ait fait l'adjudication en qualité de juge, il n'est pas, pour cela, censé avoir renoncé à son droit de retrait, et il n'en est pas moins recevable à l'exercer. *Voyez* ce que nous en avons dit en traitant du retrait lignager, *n.* 161, 164, 168.

575. Sur la question, si le consentement, qu'a donné à la vente, par le contrat, celui qui a droit de retrait, renferme une renonciation à l'action de retrait, *voyez* ce que nous en avons dit sur le retrait lignager, *suprà, n.* 164.

SECTION IX.

SUR QUI PEUVENT S'EXERCER LE RETRAIT SEIGNEURIAL ET LE CONVENTIONNEL.

576. Le retrait seigneurial peut s'exercer sur quelque acquéreur que ce soit, sauf sur l'acquéreur qui serait lignager du vendeur, sur lequel le seigneur ne peut exercer le retrait des héritages qui sont de la ligne dudit acheteur, comme nous l'avons vu *suprà, n.* 540.

Mais si, avec ces héritages, il y avait d'autres fiefs qui ne fussent pas de la ligne dudit acheteur, quoique compris au même marché, le seigneur pourrait exercer le retrait seigneurial des fiefs qui ne seraient pas de la ligne de l'acheteur.

577. Non seulement lorsque l'acheteur est lui-même lignager du vendeur, mais lorsqu'il est conjoint par mariage, et en communauté avec une femme qui est lignagère, ou lorsqu'il a des enfans qui sont de la ligne; le seigneur, loin de pouvoir exercer sur lui ce retrait seigneurial des héritages de cette ligne, est obligé de le recevoir en foi pour lesdits héritages. Cependant, le seigneur peut, par l'acte de réception en foi, se réserver le retrait dans le cas auquel, par le partage de la communauté, l'héritage sortirait de la famille, ou dans le cas auquel l'espérance de le conserver dans la famille manquerait; *putà*, par le prédécès des enfans lignagers. Faute de cette réserve, le seigneur ne pourra plus exercer ce retrait. Voyez *Guyot*.

Contrà, le retrait conventionnel peut s'exercer sur quelque acheteur que ce soit, même sur celui qui serait le lignager du vendeur, même sur le seigneur qui aurait acquis le fief mouvant de lui; même sur le roi, lorsque l'acquisition, que le roi en a faite, n'est pas pour une cause d'utilité publique.

578. Les lettres, que des gens de mainmorte ont obtenues du roi pour acquérir un héritage, n'empêchent pas qu'on ne puisse exercer sur eux le retrait seigneurial ou le conventionnel, aussi bien que le lignager; car le roi accorde ses grâces sans préjudice du droit des tiers.

579. Le retrait féodal et le conventionnel, auxquels la vente d'un héritage a donné ouverture, peuvent s'exercer, de même que le retrait lignager, non seulement sur l'acheteur, mais sur celui qui s'en trouve en possession, à quelque titre qu'il lui soit passé, soit immédiatement de la personne de l'acheteur, soit médiatement.

580. Lorsque l'héritage, dont la vente a donné ouverture au retrait féodal et conventionnel, a été depuis revendu une ou plusieurs fois, il est au choix du seigneur, ou de celui à qui appartient le droit de retrait conventionnel, d'exercer le retrait sur celle de toutes ces ventes qu'il choisira, et qui lui sera la plus avantageuse; car chacune de ces ventes a donné ouverture à autant de différentes actions de retrait; voyez *notre Introduction au Titre des Fiefs*, *n.* 249.

En cela, ces retraits diffèrent du lignager, qui, quoiqu'il se puisse exercer sur les tiers détenteurs, ne peut néanmoins s'exercer que sur la première vente qui a mis l'héritage hors de la famille.

SECTION X.

COMMENT DOIVENT S'EXERCER LE RETRAIT SEIGNEURIAL, OU LE CONVENTIONNEL; CONVENANCES ET DIFFÉRENCES, A CET ÉGARD, DE CES RETRAITS AVEC LE RETRAIT LIGNAGER.

581. On peut, sur cette question, supposer deux cas : le premier, lorsque tous les héritages, compris au marché, relèvent d'une même seigneurie, ou sont sujets au même droit de retrait conventionnel; le second, lorsqu'il n'y en a qu'une partie.

Premier cas.

582. Lorsque tous les héritages, compris au même marché, relèvent d'une même seigneurie, ou sont sujets au même droit de retrait conventionnel, en ce cas, ces retraits ne peuvent s'exercer pour partie, le retrayant doit prendre tout le marché. C'est pourquoi, il ne peut y avoir de difficulté, en ce cas, que sur la question de fait, s'il n'y a eu qu'un seul marché,

qui n'ait donné lieu qu'à une seule action de retrait; ou, s'il y en a eu plusieurs, qui aient donné lieu à plusieurs actions, dont l'une pourrait être exercée sans les autres.

Tout ce que nous avons dit pour le retrait lignager, *part.* 1, *chap.* 6, *premier cas*, reçoit, pour ce cas, une entière application.

Second cas.

583. Lorsqu'il n'y a qu'une partie des héritages compris dans un marché, qui relève d'une certaine seigneurie, ou qui soit sujette à un certain droit de retrait conventionnel, non seulement le seigneur n'a le droit de retirer que ce qui relève de sa seigneurie, et celui, qui a droit de retrait conventionnel, n'a le droit de retirer que ce qui est sujet à ce droit; mais ils ne peuvent être obligés par l'acquéreur, à retirer le surplus, quoique cet acquéreur n'eût pas voulu acquérir l'un sans l'autre; et, en cela, ces retraits sont différens du lignager. Nous avons rapporté la raison de cette différence, *ibid. n.* 209.

584. Le seigneur, qui exerce le retrait seigneurial des fiefs relevans d'une certaine seigneurie, n'est pas obligé de retirer le surplus des fiefs compris au même marché, relevans des autres seigneuries, quoique toutes ces seigneuries lui appartiennent; car il a autant d'actions de retrait seigneurial, distinguées les unes des autres, qu'il y a de différentes seigneuries d'où ces différens fiefs relèvent : il peut donc exercer l'une de ses actions, et abandonner les autres; *Molin.* § 20, *gl.* 1, *n.* 54.

Il en est de même du retrait conventionnel.

SECTION XI.

DU TEMPS DANS LEQUEL LE RETRAIT SEIGNEURIAL ET LE CONVENTIONNEL DOIVENT ÊTRE EXERCÉS.

585. Le retrait seigneurial et le conventionnel diffèrent entièrement du lignager, par rapport au temps dans lequel ils doivent être exercés.

Selon la Coutume de Paris, *art.* 20, le seigneur doit exercer le retrait féodal *dans quarante jours après qu'on lui a notifié la vente et exhibé les contrats, et d'iceux baillé copie.*

Si l'exhibition n'avait pu lui être faite, parce qu'il n'aurait pas été trouvé au chef-lieu ou chez lui, lorsque l'acheteur s'y est transporté pour lui faire cette exhibition, le temps de quarante jours ne laisserait pas de courir, suivant la règle de droit : *In omnibus causis pro facto id accipitur, quotiès per alium mora fit, quominùs fiat; l.* 39, *ff. de Reg. J.*

Selon notre Coutume d'Orléans, *art.* 49, le seigneur doit exercer le retrait féodal dans les quarante jours depuis les offres de foi; elle n'oblige l'acheteur à l'exhibition de son contrat, que *s'il en est requis.* C'est pourquoi, lorsqu'il a fait ses offres, quoiqu'il n'ait pas exhibé son contrat, le temps de quarante jours ne laisse pas de courir : mais si, dans ledit temps, l'exhibition est requise, le temps cessera de courir jusqu'à ce qu'il ait fait l'exhibition; et, après qu'il l'aura faite, le temps continuera de courir pour ce qui en restait à courir lorsqu'elle a été requise.

586. Lorsque le seigneur, à qui la notification a été faite, est mort pendant ce temps de quarante jours, son héritier ne doit avoir, pour exercer le retrait, que ce qui restait à courir de ce temps lors de sa mort : mais ce temps est interrompu, et cesse de courir, jusqu'à ce que cet héritier ait su ou pu savoir la notification faite au défunt; *Molin.* § 20, *gl.* 12, *n.* 7.

587. Ce temps de quarante jours court contre le seigneur, quoique mineur : il est fatal, de même que l'an du retrait lignager.

588. Tant que l'acheteur ne satisfait pas à ce que les Coutumes exigent pour faire courir ce temps, le seigneur peut toujours exercer le retrait seigneurial; et il n'en peut être exclu que par la prescription ordinaire de trente ans, qui a lieu contre tous les droits et actions dont le temps n'est pas limité.

589. A l'égard du retrait conventionnel, s'il n'est rien porté par la convention, l'acheteur, après avoir notifié son acquisition à celui à qui ce droit de retrait appartient, doit l'assigner pour voir dire qu'il sera tenu d'exercer, si bon lui semble, dans le temps qui lui sera fixé par le juge, le retrait qu'il a droit d'exercer; sinon que, faute par lui de l'exercer dans ledit temps, il en demeurera de plein droit déchu pour cette fois.

Le juge, sur cette assignation, doit lui fixer un temps, qui doit être court, *putà*, un temps de quarante jours, tel que celui que les Coutumes ont réglé pour le retrait seigneurial.

S'il laisse passer le temps fixé par cette sentence, sans déclarer qu'il entend exercer le retrait, l'acheteur doit prendre une seconde sentence qui l'en déclare déchu purement et simplement pour cette fois.

On pourrait peut-être même soutenir qu'il ne serait pas nécessaire d'obtenir une seconde sentence, surtout s'il était porté par la première, que celui, à qui le droit appartient, faute de l'exercer dans le temps qui lui est fixé, serait de plein droit déchu, sans qu'il fût besoin d'autre jugement; mais il est plus sûr de prendre une seconde sentence.

SECTION XII.

DE LA FORME EN LAQUELLE S'EXERCENT LE RETRAIT SEIGNEURIAL ET LE CONVENTIONNEL ; LEURS DIFFÉRENCES, A CET ÉGARD, AVEC LE RETRAIT LIGNAGER.

590. Le retrait seigneurial et le conventionnel ne sont point sujets, pour leur exercice, aux formalités auxquelles est sujet le retrait lignager ; c'est une première différence, à cet égard, entre ces retraits et le lignager.

Le retrait seigneurial et le conventionnel s'exercent, ou par la voie d'action, ou par la voie d'exception.

Lorsque ces retraits s'exercent par la voie d'action, la demande doit être donnée dans la forme ordinaire dans laquelle se donnent toutes les autres demandes.

591. Si l'exploit de demande est déclaré nul, pour quelque nullité d'ordonnance, le jugement, qui le déclare nul, n'emporte pas la déchéance de l'action de retrait ; et le retrayant est admis à l'intenter par un nouvel exploit de demande, s'il est encore dans le temps de l'intenter : il peut même, sans attendre ce jugement, donner un nouvel exploit de demande, en déclarant qu'il se désiste du premier ; et c'est une seconde différence entre ces retraits et le lignager, à l'égard duquel la nullité de la forme emporte la déchéance du droit au fond, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 277.

592. De là résulte une troisième différence ; c'est que les nullités d'exploit, dans ces retraits seigneurial ou conventionnel, n'ayant pas de trait au fond, doivent être opposées *ab initio litis*, et qu'elles se couvrent par la litis-contestation ; au lieu que, dans le retrait lignager, elles peuvent être opposées jusqu'au jugement définitif, et même en cause d'appel, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 278.

593. Ces retraits s'exercent aussi par voie d'exception. Par exemple, si le seigneur ayant saisi féodalement, l'acheteur vient depuis porter la foi en l'absence du seigneur, ou lui faire des offres ; qu'il assigne le seigneur pour voir déclarer bon son port de foi et ses offres, et qu'il demande, en conséquence, main-levée de la saisie, le seigneur peut répondre qu'il entend retenir le fief par droit de retrait féodal, en offrant de l'indemniser.

Même sans qu'il y ait eu de saisie féodale, si le seigneur est assigné par l'acheteur pour voir déclarer valable son port de foi, fait en l'absence du seigneur, le seigneur peut répondre qu'il entend exercer le retrait féodal, et conclure, en conséquence, que l'acheteur sera tenu de lui délaisser l'héritage, aux offres qu'il lui fait de le rembourser.

594. Pareillement, à l'égard du retrait conventionnel, si celui, à qui ce droit appartient, est assigné par l'acheteur pour déclarer s'il entend l'exercer, il peut, sur cette assignation, déclarer qu'il entend l'exercer, et conclure, en conséquence, au délais de l'héritage, aux offres de rembourser : ce qui est exercer le retrait par voie d'exception.

SECTION XIII.

DES OBLIGATIONS DU RETRAYANT DANS LE RETRAIT SEIGNEURIAL ET DANS LE CONVENTIONNEL ; CONVENANCES ET DIFFÉRENCES, A CET ÉGARD, ENTRE CES RETRAITS ET LE LIGNAGER.

595. Les obligations du retrayant, en ce qui concerne le prix, les loyaux coûts de l'acquisition, et les mises, dont le retrayant doit rembourser et indemniser l'acheteur, sur qui le retrait s'exerce, sont, dans le retrait conventionnel et dans le seigneurial, les mêmes que dans le lignager.

C'est pourquoi, presque tout ce que nous avons dit dans les cinq premiers articles du chapitre neuvième, sur les obligations du retrayant dans le retrait lignager, reçoit application au retrait seigneurial et au conventionnel.

J'y trouve seulement deux différences : la première et la principale est à l'égard du terme fatal, dans lequel le lignager retrayant doit rembourser ou consigner le prix, qu'il est obligé de rembourser à l'acheteur sur qui il exerce le retrait : ce terme fatal, qui est réglé pour le retrait lignager, ne doit pas être étendu au retrait seigneurial ni au conventionnel.

596. Dans le retrait seigneurial, lorsqu'il n'est pas contesté, il y a lieu de penser que le remboursement du prix doit se faire dans le terme de quarante jours, que les Coutumes accordent pour l'exercice de ce retrait, ce remboursement en faisant partie.

Mais, lorsqu'il y a eu procès sur le retrait, le remboursement doit se faire dans le temps qui sera fixé par la sentence du juge qui adjugera le retrait : c'est l'avis de Brodeau, sur la Coutume de Paris.

597. A l'égard du retrait conventionnel, si, par la convention, on s'est expliqué sur le temps dans lequel le remboursement doit être fait, on doit suivre ce qui est porté par la convention : si l'on ne s'en est pas expliqué, le temps doit être laissé à l'arbitrage du juge.

598. Une seconde différence, que je trouve entre ces retraits et le lignager, est que, lorsqu'on a compris, dans un même marché, plusieurs héritages, dont les uns sont sujets au retrait seigneurial ou conventionnel, et les autres n'y sont pas sujets, et qu'en conséquence, il y

a une ventilation à faire du prix qui doit être remboursé à l'acheteur sur qui le retrait s'exerce, cette ventilation me paraît devoir se faire aux frais de l'acheteur, et non aux frais du retrayant; car le droit de retrait seigneurial et le conventionnel étant des droits que ceux, à qui ils appartiennent, ont dans les héritages qui y sont sujets, les parties contractantes n'ont pu, en comprenant dans la vente qui en a été faite, d'autres héritages, préjudicier à ces droits de retrait, et en rendre la condition plus onéreuse, comme elle serait, si l'on faisait porter au retrayant les frais de la ventilation à laquelle elles ont donné occasion, faute de l'avoir faite elles-mêmes, comme elles le devaient.

Il en doit être autrement dans le cas du retrait lignager : ce retrait n'étant accordé aux lignagers que comme une grâce, le lignager retrayant n'a pas droit de se plaindre que les parties aient fait leur marché de la manière qu'elles ont jugé à propos, et qu'elles y aient compris l'héritage sujet à son droit, confusément avec d'autres héritages, sans faire par ce marché aucune ventilation de leurs différens prix. C'est pourquoi, non seulement il ne peut rejeter les frais de ventilation sur l'acheteur contre lequel il exerce le retrait; mais c'est lui, au contraire, qui doit seul les porter, parce qu'il doit indemniser l'acheteur.

Si le retrayant, néanmoins, avait offert de prendre tout le marché pour son compte, et que l'acheteur eût voulu retenir les héritages qui ne sont pas sujets au retrait lignager; comme c'est l'acheteur, en ce cas, qui donne lieu à la ventilation, je pense qu'il y doit contribuer avec le retrayant, cette ventilation se faisant pour régler leurs intérêts respectifs.

599. Quoique, régulièrement, dans le retrait seigneurial et dans le conventionnel, la ventilation doive se faire aux frais de l'acquéreur, néanmoins il faut excepter de cette règle le cas d'une vente et adjudication faite sur une saisie réelle. La raison de cette exception est que, la vente étant nécessaire et forcée, on ne peut pas imputer à l'adjudicataire de n'avoir pas acheté séparément les héritages sujets au retrait, et d'avoir donné lieu à la ventilation. C'est pourquoi Guyot décide fort bien, que la ventilation doit, en ce cas, être faite à frais communs entre le retrayant et l'adjudicataire.

600. Quelques auteurs apportent une autre limitation, même dans le cas de ventes volontaires, qui est que l'acquéreur peut, pour éviter les frais de la ventilation, en proposer une; et que si, sur le refus du retrayant de l'accepter, il se fait une ventilation, et qu'il paraisse, par l'événement, que celle, qui avait été proposée, et qui a été refusée par le retrayant, était juste, le retrayant, qui a eu tort de la refuser, doit porter les frais de celle qui a été faite sur son refus. Cela paraît équitable : néanmoins Guyot rejette ce tempérament. Il dit que le seigneur n'est pas obligé de s'en rapporter à l'acquéreur, pour la ventilation de ce qui doit lui être remboursé.

SECTION XIV.

DES OBLIGATIONS DE L'ACQUÉREUR SUR QUI LE RETRAIT SEIGNEURIAL OU CONVENTIONNEL EST EXERCÉ.

601. Les obligations de l'acquéreur, sur qui s'exerce le retrait seigneurial ou le conventionnel, sont les mêmes que celles de celui sur qui s'exerce le retrait lignager, par rapport au délais de l'héritage, et à la restitution des fruits. C'est pourquoi, tout ce que nous avons dit à cet égard, *part.* 1, *chap.* 10, § 1 *et* 2, pour le retrait lignager, reçoit application à ces retraits, et pareillement ce que nous avons dit, § 3, par rapport au trésor trouvé dans l'héritage sujet au retrait.

602. A l'égard de ce qui est ordonné par les Coutumes pour le retrait lignager (Paris, *art.* 146; Orléans, *art.* 373, etc.), que, pendant le temps accordé pour le retrait, l'acquéreur ne doit faire aucunes réparations, si elles ne sont nécessaires, à peine de n'en pouvoir prétendre aucune répétition, ni changer la forme et la nature de l'héritage; cela peut aussi être étendu au retrait seigneurial, lorsque l'acheteur a connu, ou pu facilement connaître, lors de la vente de l'héritage, le seigneur duquel il relevait. Cela peut pareillement être étendu au retrait conventionnel, lorsque ce droit de retrait, auquel l'héritage est sujet, a été déclaré par le contrat. La même raison d'équité, sur laquelle cette disposition des Coutumes est fondée, se rencontre à l'égard de ces retraits dans ces cas, et même en plus forts termes : car, dans le retrait seigneurial et dans le conventionnel, comme il est au pouvoir de l'acheteur, en notifiant son acquisition à celui à qui le droit de retrait appartient, de rendre le temps de ces retraits beaucoup plus court que ne l'est le temps du retrait lignager, il a encore bien moins lieu de se plaindre que dans le retrait lignager, qu'on l'oblige à différer les améliorations et innovations, qu'il pourrait avoir envie de faire sur l'héritage qu'il a acquis.

Mais, lorsqu'on n'a pas déclaré à l'acheteur que l'héritage était sujet au retrait conventionnel, celui, qui exerce ce retrait, doit indemniser l'acheteur des mises utiles, quoique non nécessaires, qu'il a faites sur l'héritage, jusqu'à

concurrence de ce que l'héritage s'en trouve plus précieux; car l'acheteur, qui ne savait pas que l'héritage fût sujet au retrait conventionnel, n'est pas en faute d'avoir fait ces impenses, et, par conséquent, l'équité ne permet pas que le retrayant en profite aux dépens de cet acquéreur : *Neminem æquum est cum damno alterius locupletari*. Cette décision a lieu, quand même ces impenses seraient si considérables, que le remboursement, qui en serait prétendu par l'acquéreur, rendrait impossible le retrait à celui qui a droit de l'exercer, parce qu'il n'aurait pas le moyen de faire le remboursement; car il vaut mieux le priver pour cette fois de l'exercer, que de faire perdre ces impenses à l'acquéreur, qui n'est pas en faute. Le propriétaire du droit de retrait, qui est privé de l'exercer, manque seulement de gagner et de profiter d'un marché avantageux, *certat de lucro captando;* au lieu que l'acquéreur, s'il n'était pas remboursé de ses impenses, souffrirait une perte, *certaret de damno vitando;* d'où il suit que la cause doit prévaloir.

603. Les dégradations, que l'acheteur a faites sur l'héritage, qu'il ignorait être sujet au droit de retrait conventionnel, doivent venir en déduction des améliorations, dont le remboursement lui est dû; car un héritage n'est amélioré que sous la déduction de ce dont il est détérioré, mais si les dégradations excèdent les améliorations, ou même s'il n'y a point d'améliorations, cet acheteur n'est aucunement tenu de ces dégradations envers le retrayant; car cet acheteur, qui n'a pu savoir que son héritage était sujet à ce droit, n'a pu contracter envers le propriétaire de ce droit, l'obligation de lui conserver l'héritage; il a pu mésuser d'une chose dont il se croyait propriétaire incommutable.

604. Le retrait seigneurial fait plus de difficulté. Quoiqu'on n'ait pas fait connaître à un acquéreur, lors de son acquisition, le seigneur de qui relève en fief l'héritage; néanmoins, comme il n'y a nulle terre sans seigneur, il a dû prévoir que l'héritage pouvait être sujet au retrait féodal. C'est pourquoi, je serais porté à croire qu'il doit laisser un temps convenable au seigneur pour se faire connaître, comme d'un an depuis que son acquisition est connue dans le public, pendant lequel temps il doit s'abstenir de faire aucune innovation ni amélioration au préjudice du retrait; mais, ce temps passé, il serait contre l'équité, et même contre l'intérêt public, de l'empêcher de faire les innovations, et surtout les améliorations qu'il juge à propos de faire sur son héritage, et de lui en refuser, en cas de retrait, le remboursement, jusques à concurrence de ce que l'héritage s'en trouve plus précieux.

SECTION XV.

DE L'EFFET DU RETRAIT SEIGNEURIAL ET DU CONVENTIONNEL.

605. Tout ce qui est contenu dans les quatre premiers articles du chapitre onzième de la première partie sur cette matière, s'applique au retrait seigneurial et au conventionnel.

Tout ce qui est contenu dans l'article cinquième sur le profit auquel donne lieu la vente, sur laquelle le retrait lignager est exercé, s'applique pareillement au retrait conventionnel.

606. A l'égard du retrait seigneurial, il est évident que la vente, sur laquelle le seigneur exerce le retrait, ne donne pas ouverture au profit : car le profit n'est dû que comme le prix de l'investiture que l'acheteur peut demander au seigneur : il ne doit donc pas être dû, lorsque le seigneur la lui refuse, en exerçant le retrait féodal.

Si le seigneur s'était fait payer du profit, ou en avait même seulement composé avec l'acheteur, il serait non recevable à exercer sur lui le retrait.

Si le profit a été payé à un usufruitier ou à un fermier des droits seigneuriaux, le seigneur, qui exerce le retrait, doit le rembourser à l'acheteur, qui ne serait pas parfaitement indemne, s'il était obligé de le répéter de celui à qui il l'a payé.

Suivant la doctrine de Dumoulin et de d'Argentré, le seigneur, qui a acheté directement un fief relevant de lui, et, à plus forte raison, lorsqu'il s'en rend acheteur par le retrait féodal, doit, par forme d'indemnité, payer le profit à l'usufruitier, ou au fermier des droits seigneuriaux. Voyez *notre Introduction au Titre des Fiefs, n.* 166.

SECTION XVI.

DE LA QUALITÉ QU'A L'HÉRITAGE RETIRÉ PAR RETRAIT SEIGNEURIAL OU CONVENTIONNEL, SOIT DANS LA COMMUNAUTÉ CONJUGALE DU RETRAYANT, SOIT DANS SA SUCCESSION; DIFFÉRENCE, A CET ÉGARD, ENTRE CES RETRAITS ET LE LIGNAGER.

607. Nous avons vu, *chap.* 11, *art.* 6, § 1, que l'héritage, retiré par retrait lignager durant la communauté conjugale du retrayant, ne tombait point dans cette communauté, parce que le retrait lignager étant un droit personnel aux lignagers, qu'ils ne peuvent exercer que pour leur propre compte, c'est une conséquence qu'ils ne puissent l'exercer pour le compte de leur communauté conjugale; et, conséquemment, l'héritage, retiré par retrait lignager, ne tombe point dans cette communauté.

A l'égard du retrait seigneurial, il y a quelques Coutumes dans lesquelles ce retrait n'est pas cessible, et n'est accordé au seigneur que pour la fin de la réunion. Dans ces Coutumes, on doit décider, comme dans le retrait lignager, que l'héritage retiré ne tombe pas dans la communauté. Dans toutes les autres Coutumes, dans lesquelles la jurisprudence a prévalu que ce retrait était cessible, il faut décider, au contraire, que le retrait seigneurial, fait par le seigneur durant sa communauté conjugale, étant une acquisition qu'il fait durant cette communauté, et qu'il ne lui est point défendu de faire pour le compte de sa communauté, l'héritage retiré durant cette communauté est un vrai conquêt de cette communauté.

Par la même raison, l'héritage, retiré par le retrait conventionnel, c'est-à-dire, par droit de refus durant la communauté du retrayant, est un conquêt de cette communauté.

608. Il n'est pas douteux que l'héritage retiré, soit par retrait seigneurial, soit par droit de refus, est un acquêt dans la succession. Tout ce qui a été dit dans ledit article 6, § 2 et 3, est particulier au retrait lignager.

SECTION XVII.

CONVENANCES ET DIFFÉRENCES DES RETRAITS SEIGNEURIAL ET CONVENTIONNEL AVEC LE LIGNAGER, SUR LES MANIÈRES DONT S'ÉTEIGNENT CES RETRAITS.

609. Ce qui a été dit au chapitre 12, § 1, sur la manière dont s'éteint le retrait lignager par le retour de l'héritage à la famille, avant la demande donnée, est particulier au retrait lignager, et ne peut recevoir d'application aux autres retraits.

610. Ce qui est dit au paragraphe 2, pour le retrait lignager, de l'extinction de ce droit de retrait par l'extinction de l'héritage qui y était sujet, peut pareillement s'appliquer au retrait seigneurial et au conventionnel.

611. A l'égard de la prescription, dont nous avons traité au paragraphe 3, de même qu'un acheteur, qui n'a pas satisfait à ce que l'édit des insinuations et les Coutumes demandent, pour faire courir le temps du retrait lignager, n'en peut être libéré que par la prescription trentenaire; de même l'acheteur, qui n'a pas fait courir le temps du retrait seigneurial et du conventionnel, en notifiant son acquisition, ne peut être libéré de ces retraits que par la prescription trentenaire.

612. Il y a néanmoins des différences entre le retrait conventionnel et les deux autres espèces de retrait.

Dans le retrait conventionnel, lorsqu'on n'a pas déclaré, par le contrat, que l'héritage était sujet au droit de retrait conventionnel; l'acheteur, qui a possédé de bonne foi l'héritage comme franc dudit droit, pendant le temps de la prescription, c'est-à-dire, pendant dix ans *inter præsentes*, et pendant vingt ans *inter absentes*, pour les Coutumes qui, comme celle de Paris, admettent cette prescription; ou pendant trente ans, pour celles qui, comme notre Coutume d'Orléans, n'admettent d'autre prescription que la trentenaire; l'acheteur, dis-je, non seulement est libéré de l'action de retrait conventionnel, auquel la vente de l'héritage avait donné ouverture; mais, par cette prescription, il décharge entièrement et à toujours son héritage de la sujétion au fonds du droit de retrait conventionnel.

Au contraire, dans le retrait seigneurial, l'acheteur peut bien acquérir, par la prescription trentenaire, la libération de l'action de retrait seigneurial, à laquelle la vente, qui lui a été faite de l'héritage, a donné ouverture; mais il ne peut décharger son héritage du fonds du droit, et l'héritage y demeure toujours sujet pour l'avenir, toutes les fois que l'héritage sera vendu. La raison est, que le droit de retrait seigneurial est un droit seigneurial qui est imprescriptible, et que l'acheteur y est toujours censé avoir acquis et avoir possédé à la charge de ce droit, quoiqu'il ne lui ait pas été déclaré par le contrat : ce droit étant un droit établi par les Coutumes, qui n'a pas besoin d'être déclaré. C'est une première différence entre le retrait conventionnel et le retrait seigneurial.

613. Une deuxième différence, c'est que, dans le retrait seigneurial, de même que dans le retrait lignager, l'acheteur, étant toujours censé avoir acquis à la charge du retrait, ne peut acquérir la libération de l'action de retrait auquel la vente a donné ouverture, que par la prescription trentenaire, et non par celle de dix ou vingt ans, dans les Coutumes qui l'admettent. Il n'y a, à l'égard de ces retraits, que des tiers qui puissent opposer cette prescription, contre laquelle la vente faite à leur auteur avait donné ouverture, et dont ces tiers n'avaient eu ni pu avoir connaissance.

614. Il y a une troisième différence, qui est que le décret ne purge pas les droits de retrait lignager et de retrait seigneurial. Ces droits étant établis par les Coutumes, les adjudicataires ont dû les prévoir : mais le décret purge le retrait conventionnel, faute d'opposition formée au décret; et il éteint même le fonds du droit pour toujours.

Il nous reste à observer une autre différence. Dans la Coutume de Paris, et dans les autres, qui accordent le retrait lignager, plutôt à la

famille du vendeur indéterminément, qu'à aucun particulier de cette famille, la prescription n'est pas interrompue par la minorité des lignagers, parce que ce n'est pas proprement contre chacun d'eux qu'elle court. Au contraire, dans le retrait seigneurial et dans le conventionnel, la prescription trentenaire ne court point pendant la minorité du seigneur, ou de celui à qui appartient le droit de retrait conventionnel, suivant la nature de cette prescription, qui ne court pas contre les mineurs.

615. Ce qui est dit au paragraphe dernier du chapitre, peut s'appliquer au retrait seigneurial et au conventionnel.

616. Il nous reste à observer, sur les manières dont le retrait seigneurial et le conventionnel s'éteignent, que le seigneurial s'éteint par le choix que le seigneur a fait du profit au lieu du retrait, et de quelque manière qu'il ait agréé pour vassal l'acheteur; sur quoi voyez notre *Introduction au Titre des Fiefs*, n. 269 et 270.

Pareillement l'action de retrait conventionnel s'éteint, lorsque celui, à qui elle appartient, a donné, de quelque manière que ce soit, son consentement à l'acquisition de l'acheteur, soit en recevant un titre nouvel, soit en recevant de lui les arrérages de quelques redevances sur l'héritage sujet au droit de retrait.

FIN DU TRAITÉ DES RETRAITS.

TRAITÉ

DU

CONTRAT DE BAIL A RENTE.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

Après avoir traité du Contrat de vente et du Contrat de louage, nous devons traiter du Contrat de bail à rente, qui tient quelque chose de l'un et de l'autre.

Il y a deux espèces de baux à rente; le bail à rente seigneurial, et le bail à rente simple.

C'est du bail à rente simple que nous nous proposons de traiter.

Nous verrons, dans un premier chapitre, ce que c'est que le contrat de bail à rente; en quoi il ressemble aux contrats de vente et de louage, et en quoi il en diffère. Nous traiterons, dans le second chapitre, des trois choses qui constituent le contrat de bail à rente; dans le troisième, des obligations et actions qui en résultent; dans le quatrième, des différentes clauses qui se trouvent quelquefois dans les baux à rente, et des obligations qui en naissent; dans le cinquième, des différens droits du bailleur et de ses successeurs, créanciers de la rente, et de ceux du premier. Enfin, dans le sixième chapitre, nous traiterons de la résolution des baux à rente, et de l'extinction des rentes foncières.

CHAPITRE PREMIER.

Ce que c'est que le contrat de bail à rente; en quoi il ressemble aux contrats de vente et de louage, et en quoi il en diffère.

1. Le bail à rente simple « est un contrat par » lequel l'une des parties baille et cède à l'autre » un héritage, ou quelque droit immobilier, et » s'oblige de le lui faire avoir à titre de proprié- » taire, sous la réserve qu'il fait d'un droit de » rente annuelle d'une certaine somme d'argent, » ou d'une certaine quantité de fruits qu'il re- » tient sur ledit héritage, et que l'autre partie » s'oblige réciproquement envers elle de lui » payer, tant qu'elle possédera ledit héritage. »

Celle des parties, qui baille l'héritage à l'autre à la charge de la rente, s'appelle *le bailleur*. L'autre partie, qui prend l'héritage à la charge de cette rente, s'appelle *le preneur*.

2. Ce contrat ressemble en bien des choses aux contrats de vente et de louage. En effet, trois choses constituent l'essence du contrat de vente : une chose qui est vendue, un prix que l'acheteur s'oblige de payer au vendeur, et le consentement des parties sur la chose et le prix. Trois choses aussi constituent le contrat de louage : une chose qui est louée, un loyer que le conducteur s'oblige de payer au locateur, et le consentement des parties sur la chose et sur le loyer. De même trois choses constituent l'essence du contrat de bail à rente : un héritage qui est baillé à rente; une rente que le bailleur se retient sur l'héritage, et que le preneur s'oblige de lui payer tant qu'il le possédera; enfin le consentement des parties sur l'héritage et sur la rente que le bailleur se retient.

Le contrat de bail à rente est du droit des gens, de même que les contrats de vente et de louage. Il est, comme eux, synallagmatique, c'est-à-dire qu'il produit des obligations respectives, que chacune des parties contracte l'une

envers l'autre : enfin il est, comme eux, de la classe des contrats commutatifs.

3. Il ressemble particulièrement au bail à ferme et à loyer, en ce que la rente annuelle, que le preneur s'oblige de payer par ce contrat, ressemble à la ferme ou au loyer, que le fermier ou locataire s'oblige de payer par le bail à ferme ou à loyer, et que le bailleur a, pour se faire payer de sa rente par le preneur, les mêmes droits à peu près que ceux qu'a le bailleur, dans le bail à loyer ou à ferme, pour se faire payer de ses loyers ou de ses fermes.

Il y a néanmoins une grande différence entre la rente, qui est due par le bail à rente, et celle due par la ferme ou loyer; et entre le bail à rente, et le bail à ferme ou loyer.

Le bail à rente transfère au preneur tout le droit qu'avait le bailleur dans l'héritage baillé à rente, sous la réserve seulement du droit de rente que le bailleur s'y retient, et dont il charge l'héritage. Au contraire, par le bail à loyer ou à ferme, le locataire ou le fermier n'acquiert aucun droit dans l'héritage. Le droit, qu'ils acquièrent, ne consiste que dans une créance personnelle, qui naît de l'obligation que contracte le bailleur de les en laisser jouir.

De là, naît la différence entre la rente et les fermes ou loyers : ceux-ci ne sont qu'une dette de la personne du fermier ou locataire; la rente est une charge du fonds, imposée sur le fonds par le bail : c'est pourquoi elle est appelée *rente foncière*, quoiqu'elle soit aussi une dette de la personne du preneur, qui naît de l'obligation, qu'il a contractée par le bail, de la payer pendant tout le temps qu'il posséderait l'héritage.

4. Le contrat de bail à rente tient aussi beaucoup du contrat de vente. Le bailleur, par ce contrat, contracte envers le preneur les mêmes obligations de garantie, que le vendeur contracte envers l'acheteur par le contrat de vente.

Il en diffère, néanmoins, en ce que, par le contrat de vente, le vendeur s'oblige à transporter à l'acheteur tout le droit qu'il a dans la chose vendue; au lieu que, par le contrat de bail à rente, le bailleur se retient un droit de rente sur l'héritage.

Il est vrai que, quelquefois, le vendeur retient aussi quelque droit dans l'héritage qu'il vend, tels que sont des droits de servitude; mais la rétention de ces droits est quelque chose d'étranger à la nature du contrat de vente, qui peut se faire et se fait le plus souvent sans la rétention d'aucun droit dans la chose vendue; au lieu que la rétention d'un droit de rente est non seulement de la nature, mais de l'essence du contrat de bail à rente.

Une autre différence, entre ces deux contrats, se tire des différences qu'il y a entre le prix, qui est de la substance du contrat de vente, et la rente, qui est de la substance du bail à rente. Nous rapporterons ces différences *infrà*, chap. 2, art. 2.

5. Le contrat de bail à rente diffère encore des contrats de vente et de louage, en ce que ceux-ci sont des contrats consensuels, qui sont parfaits par le seul consentement des parties, avant qu'ils aient été exécutés ni de part ni d'autre, aussitôt que les parties sont convenues entre elles, soit du prix, soit du loyer; au contraire, je pense que le contrat de bail à rente est un contrat réel, qui ne reçoit sa perfection que lorsque le preneur est mis en possession de l'héritage par une tradition, ou réelle, ou au moins fictive. En effet, suivant la définition que nous avons donnée de ce contrat, il est de son essence que, d'un côté, le bailleur se retienne une rente dont il charge l'héritage, et que, d'un autre côté, le preneur s'oblige de la payer tant qu'il possédera l'héritage. Or, d'un côté, ce n'est que par la tradition que le bailleur peut se retenir une rente sur l'héritage, et que l'héritage peut en être chargé envers lui; car le bailleur ne cessant, que par la tradition, d'être le propriétaire de l'héritage, l'héritage ne peut être chargé plus tôt de la rente envers lui, ne pouvant pas l'être tant qu'il en demeure encore le propriétaire, *quum res sua nemini servire possit.* D'un autre côté, le preneur ne peut contracter l'obligation de payer la rente, que lorsqu'il entre en possession de l'héritage, par la tradition qui lui en est faite; 1° parce que la rente n'existe pas plus tôt; 2° parce qu'étant de la nature de ces rentes, que le preneur ne doive la rente, que pour le temps qu'il possédera l'héritage, il est, avant la tradition, au pouvoir du preneur de ne point contracter l'obligation de payer la rente, en refusant d'entrer en possession de l'héritage. Ce n'est donc que par la tradition, ou réelle, ou au moins feinte de l'héritage, que le contrat de bail à rente peut recevoir sa perfection, et que les obligations qui en naissent sont contractées.

Il est vrai que je puis valablement convenir avec vous de vous bailler mon héritage pour tant de rente, et qu'il peut naître de cette convention une obligation, même avant que je vous aie mis en possession de l'héritage. Mais cette convention n'est pas le contrat de bail à rente; ce n'est qu'une promesse de bailler à rente, qui est différente du contrat de bail à rente, de même que nous avons vu, en notre *Traité du Contrat de Vente*, qu'une promesse de vendre, quoique obligatoire, était différente du contrat de vente.

CHAPITRE II.

Des trois choses qui constituent la substance du bail à rente.

Nous avons dit *suprà*, que trois choses constituent la substance du bail à rente; une chose qui soit baillée à rente, une rente que le bailleur se retienne, et le consentement des parties.

ARTICLE PREMIER.

De la chose qui peut être baillée à rente.

§ I. QUELLES CHOSES PEUVENT ÊTRE BAILLÉES A RENTE.

6. Les choses, qui peuvent être baillées à rente, sont les héritages, c'est-à-dire, les fonds de terre et les maisons. On peut aussi bailler à rente des droits incorporels, tels que des droits de champart, des dîmes, des droits de fief, des censives, des justices, des droits de pêche, de péage, et autres droits domaniaux, tels que les greffes : les priviléges des perruquiers peuvent aussi être baillés à rente.

7. Il n'y a que les immeubles qui soient proprement susceptibles du contrat de bail à rente; les meubles ne le sont pas. La raison est, qu'il est de l'essence du bail à rente, que le bailleur se réserve et retienne, dans la chose qu'il donne à rente, un droit de rente, qui soit un droit réel, c'est-à-dire, un droit dans la chose dont elle demeure chargée, en quelques mains que la propriété de la chose passe : or, il n'y a que les immeubles qui soient susceptibles de ces charges réelles; notre jurisprudence ne permet pas que les meubles en soient susceptibles. De là cette maxime du droit français, que les meubles n'ont point de suite par hypothèque; ce qui a été établi pour ne pas troubler le commerce des meubles. Il y a même raison de le décider pour toutes les autres espèces de charges réelles.

Suivant ce principe, si je vous ai fait un bail pour tant de rente, d'un moulin assis sur bateaux, qui, suivant l'*article* 352 *de notre Coutume d'Orléans*, est une chose mobilière, laquelle rente vous vous soyez obligé de me payer, tant que vous serez possesseur du moulin; ce contrat est un contrat d'une espèce particulière, qui a bien quelque rapport avec le contrat de bail à rente, mais qui n'est pas le véritable contrat de bail à rente. Il me donne bien, pendant que le moulin appartiendra au preneur ou à ses héritiers, ou autres successeurs universels, les mêmes droits, actions et prérogatives, pour me faire servir de ma rente, qu'à un seigneur de rente foncière. Mais, si le moulin passe à un successeur à titre singulier, le droit de rente, créé par ce bail, n'étant point, comme le sont les rentes foncières, qui sont créées par bail d'héritage, une vraie charge réelle, je ne pourrai prétendre ma rente contre le successeur à titre singulier, s'il n'en a pas été chargé par son acquisition; ce sera le preneur qui, faute de l'en avoir chargé, sera tenu de la continuer.

8. De même que les immeubles des mineurs, des interdits, de l'Église et des communautés, ne peuvent être vendus que pour une juste cause, par le décret du juge, et en observant certaines formalités, ils ne peuvent pareillement être baillés à rente, que pour une juste cause, en vertu du décret du juge, et en observant les mêmes formalités que dans le contrat de vente. Ce que nous avons dit, à cet égard, dans notre *Traité du Contrat de Vente*, *n.* 14, peut s'appliquer au bail à rente.

§ II. SI ON PEUT BAILLER A RENTE L'HÉRITAGE D'AUTRUI, OU CELUI QUI APPARTIENT AU PRENEUR.

9. Il est évident qu'un bailleur, en donnant à rente un héritage qui ne lui appartient pas, ne peut y retenir un droit de rente; et l'on peut dire, en ce sens, que le bail à rente de l'héritage d'autrui n'est pas valable : mais il est valable en un autre sens, savoir : que ce bail oblige le bailleur, envers le preneur, à la même garantie, en cas d'éviction, que celle à laquelle le contrat de vente de la chose d'autrui oblige le vendeur en cas d'éviction.

Le bail à rente de l'héritage d'autrui a encore cet effet, que, tant que l'héritage n'est pas revendiqué par le véritable propriétaire, et que le preneur n'en est pas évincé, celui, qui l'a baillé à rente, est réputé en avoir été le propriétaire; et le preneur n'est pas recevable à lui contester qu'il le fût, et à lui refuser, sous ce prétexte, la prestation de la rente.

10. Il est évident que le bail à rente, par lequel quelqu'un aurait pris à rente son propre héritage, ne peut pas plus être valable que le

contrat de vente par lequel quelqu'un aurait acheté sa propre chose. C'est pourquoi, si j'ai pris à rente un héritage, que j'ignorais m'appartenir; ayant depuis recouvré mes titres, je puis, en justifiant que l'héritage m'appartient, et non au bailleur, faire déclarer nul le bail, et répéter tous les arrérages que j'ai payés, et tout ce qu'il m'en a coûté pour le contrat.

11. Si j'étais propriétaire d'un héritage, qui vous fût réversible au bout d'un certain temps, le bail, que vous m'en feriez avant l'expiration de ce temps, serait valable, si de part et d'autre nous avions connaissance de nos droits respectifs. Ce ne serait point *suæ rei emptio;* mais, par cet acte, je serais censé, *fictione brevis manûs*, vous avoir fait la restitution anticipée de cet héritage, qui vous était réversible; et vous, devenu propriétaire de l'héritage, par cette restitution anticipée, seriez censé me l'avoir incontinent rétrocédé, et baillé à la charge de la rente portée par le bail.

ARTICLE II.

De la rente.

Il est de l'essence du bail à rente, que, par le bail, le bailleur se retienne, dans l'héritage, un droit de rente annuelle et perpétuelle, si le bail est fait à perpétuité; ou pour le temps que le bail doit durer, s'il n'est fait que pour un certain temps. Nous verrons sur cette rente, qui est une des choses qui constituent la substance du contrat de bail à rente, en quoi elle convient avec le prix, qui, dans le contrat de vente, est une des choses qui en constituent la substance, et en quoi elle en diffère. Nous verrons pareillement, en quoi elle diffère des fermes et loyers; en quoi elle diffère des autres espèces de charges réelles; en quoi elle convient avec les rentes constituées à prix d'argent, et en quoi elle en diffère, et, spécialement, en quoi elle en diffère par rapport à la faculté de rachat.

§ I. EN QUOI LA RENTE, QUE LE BAILLEUR RETIENT PAR LE BAIL A RENTE, CONVIENT AVEC LE PRIX, QUI EST DE LA SUBSTANCE DU CONTRAT DE VENTE; ET EN QUOI ELLE EN DIFFÈRE.

12. De même que, dans le contrat de vente, le prix doit être certain et déterminé; de même, dans le contrat de bail à rente, la rente, que le bailleur se retient dans l'héritage, doit être quelque chose de certain et de déterminé. C'est pourquoi, s'il était dit, par le bail, qu'on a baillé à rente un tel héritage, sans dire de combien est la rente; ou s'il était dit, que l'héritage est baillé à rente, pour la même rente qu'il a été baillé autrefois, et qu'il ne se trouvât aucun bail à rente qui eût été fait autrefois de cet héritage, il est évident que, dans l'un et dans l'autre de ces cas, le bail serait nul, et ne produirait ni l'aliénation de l'héritage, ni aucune obligation des parties.

13. Les différences sont, 1° en ce que, dans le contrat de vente, le prix ne peut consister que dans une certaine somme d'argent; autrement, ce ne serait pas un contrat de vente, mais une autre espèce de contrat, comme nous l'avons vu en notre *Traité du Contrat de Vente, n.* 30.

Au contraire, il n'importe que la rente consiste en une somme d'argent, ou en une certaine quantité de fruits ou de denrées : par exemple, on peut donner un héritage pour tant de muids de blé de rente, tant de poinçons de vin, tant de livres de beurre, tant de chapons, etc.

On peut aussi faire consister la rente en une quotité de fruits; comme à la charge de donner au bailleur la sixième gerbe de blé qui sera recueillie dans l'héritage, tant de pintes de vin par poinçon de vin qui sera recueilli. Cette espèce de rente s'appelle *champart :* c'est une espèce particulière de rente, dont nous ne traitons pas ici.

Une seconde différence est, que, dans le contrat de vente, le prix consiste dans une unique somme d'argent, qui est due en entier, dès l'instant du contrat, quand même, par la convention des parties, le paiement en aurait été différé, et partagé en plusieurs termes. Au contraire, dans le bail à rente, la rente ne naît et n'est due que par parties, à mesure du temps qui s'écoule de la possession du preneur et de ses successeurs.

Enfin, la troisième différence, qui est la principale, est que, dans le contrat de vente, le prix est une dette de la personne, et non de l'héritage qui est vendu. Au contraire, dans le bail à rente, la rente, que le bailleur se retient, est une charge réelle, qui est imposée sur l'héritage baillé à rente, et qui est due principalement par l'héritage, quoique le preneur et ses successeurs soient aussi, à cause de l'héritage qu'ils possèdent, débiteurs personnels des arrérages.

§ II. DIFFÉRENCES DE LA RENTE FONCIÈRE ET DES FERMES ET LOYERS.

14. La rente foncière est quelque chose de très différent des fermes ou loyers; et la différence résulte de celle qu'il y a entre un bail à rente et un bail à loyer ou à ferme. Celui-ci ne fait passer, au locataire ou fermier, aucun droit dans l'héritage qui lui est donné à loyer ou à ferme : la propriété en demeure en entier au bailleur : il ne produit que des obligations personnelles, que les parties contractent réciproquement l'une envers l'autre. Les fermes ou loyers ne sont donc qu'une pure dette person-

nelle du locataire ou fermier, qui s'est obligé, envers le bailleur, de les lui payer pour le prix des fruits de chaque année du bail, fruits que le bailleur s'est obligé de laisser recueillir au fermier ou locataire sur l'héritage. Au contraire, par le bail à rente, la propriété de l'héritage baillé à rente est transférée au preneur, sous la charge de la rente que le bailleur se retient dans cet héritage; et cette rente est due principalement par l'héritage, et par chaque partie de l'héritage, sur lequel elle est imposée, quoique le preneur et ses successeurs en soient aussi personnellement débiteurs, tant qu'ils possèdent l'héritage.

15. De là, naissent d'autres différences. Si l'héritage, sujet à la rente foncière, avait été, depuis le bail, considérablement diminué par une force majeure; *putà*, si la rivière, dont il est voisin, en avait emporté la moitié, ou même une plus grande partie; tant que le preneur ou ses successeurs demeureront en possession de ce qui reste de cet héritage, la rente continuera d'être due en entier : car elle est due en entier par l'héritage et par chaque partie de l'héritage; et le preneur ou ses successeurs, étant propriétaires de l'héritage, c'est sur eux que doit tomber la perte qui survient dans l'héritage. Au contraire, lorsqu'un héritage donné à ferme ou à loyer, est diminué par une force majeure survenue depuis le bail, comme dans l'espèce précédente, ou, même, si l'héritage, demeurant dans son intégrité, a été considérablement dégradé, comme si, par une inondation, les terres ont été ensablées, la ferme doit diminuer à proportion de ce que l'héritage donné à ferme est diminué, soit en quantité, soit en qualité; car l'héritage, baillé à ferme, n'appartient point au fermier. Le bailleur en est demeuré le propriétaire; il doit donc être à ses risques, et non à ceux du fermier, à qui l'héritage n'appartient pas. Les fermes de chaque année sont le prix des fruits et de la jouissance de chaque année de l'héritage baillé à ferme, considéré en l'état qu'il était au temps du bail, laquelle jouissance le bailleur s'était obligé de faire avoir au fermier : le preneur, ne pouvant avoir toute cette jouissance qui lui a été promise, doit avoir une diminution sur sa ferme.

16. Une autre différence, entre la rente foncière et les fermes ou loyers, résulte des mêmes principes. Lorsque, par quelque force majeure, le fermier n'a pu, pendant une année du bail, recueillir aucuns fruits sur l'héritage qui lui a été donné à ferme, ou n'en a pu recueillir presque aucuns, il est fondé à demander la remise de la ferme de cette année, ou une diminution sur cette ferme, comme nous l'avons vu en notre *Traité du Contrat de Louage*, *part*. 3, *chap*. 1, *art*. 2, § 3. Il en est autrement dans le bail à rente. La rente foncière, que le bailleur s'est retenue dans l'héritage, n'est pas le prix des fruits; c'est une charge réelle de l'héritage : c'est pourquoi, le preneur ou ses successeurs, quoiqu'ils n'aient pu, pendant quelques années, par quelque force majeure, percevoir aucuns fruits de l'héritage baillé à rente, ne laissent pas de devoir en entier les arrérages de la rente pour ces années, et pour toutes les autres, pendant lesquelles ils seront possesseurs de l'héritage, ou de quelque partie de l'héritage.

17. Mais, si le preneur, ou autre possesseur de l'héritage sujet à la rente foncière, en a été, en temps de guerre, réellement dépossédé pendant quelques années, il ne devra pas les arrérages desdites années, n'étant obligé de payer la rente, que tant qu'il sera possesseur; *Loyseau*, *Traité du Déguerpissement*, *liv*. 4, *chap*. 17.

§ III. DIFFÉRENCE DE LA RENTE FONCIÈRE ET DES AUTRES ESPÈCES DE CHARGES RÉELLES.

18. La rente foncière est une charge réelle de l'héritage baillé à rente, qui est très différente des autres charges réelles des héritages; *putà*, des servitudes, soit réelles, soit personnelles. Celui, qui a un droit de servitude sur un héritage, tel qu'un droit de passage ou de pâturage, jouit par lui-même de son droit sur l'héritage qui en est chargé, sans que le possesseur de cet héritage soit obligé à rien qu'à le souffrir; *l*. 15, § 1, *ff*. *de servitut*. Au lieu que celui, qui a un droit de rente foncière sur un héritage, ne peut jouir de son droit que par le fait et par les mains du possesseur de l'héritage sujet à la rente, qui doit lui en payer les arrérages. C'est pour cela que le preneur s'oblige, par le contrat de bail à rente, à la prestation des arrérages de la rente, pendant le temps qu'il possédera l'héritage, et que ceux, qui succèdent à cet héritage, quoiqu'à titre singulier, avec la charge, ou même seulement avec la connaissance de la rente, contractent la même obligation : cette obligation les rend débiteurs personnels des arrérages de la rente, à mesure qu'ils naissent, pendant le temps de leur possession.

19. La rente foncière est aussi une charge réelle très différente de l'hypothèque, dont on charge un héritage, sur lequel on assigne une rente constituée à prix d'argent, ou par don ou legs. Cette hypothèque n'est qu'une obligation accessoire de l'héritage, pour assurer d'autant mieux l'obligation personnelle de celui qui a constitué la rente, ou qui en a été chargé par testament. Au contraire, la charge d'une rente foncière, dont est chargé l'héritage baillé à rente, est une obligation principale de l'héritage; c'est l'héritage qui en est le principal débiteur,

plutôt que la personne du preneur, qui n'est tenu de la rente, qu'autant qu'il possède l'héritage, et parce que cette charge de l'héritage est de telle nature, que l'héritage ne peut s'en acquitter, que par le fait et le ministère de son possesseur, qui en doit payer les arrérages pour l'héritage.

§ IV. EN QUOI CONVIENT LA RENTE FONCIÈRE AVEC LES RENTES CONSTITUÉES A PRIX D'ARGENT, ET EN QUOI ELLE EN DIFFÈRE.

20. La rente foncière convient avec les rentes constituées à prix d'argent, en ce que, comme celles-ci, elle produit des arrérages annuels, qui se divisent en autant de parties qu'il y a de jours dans l'année, c'est-à-dire en trois cent soixante-cinq parties. Lorsque l'année est bissextile, le jour intercalaire n'est point compté.

Le possesseur de l'héritage sujet à la rente foncière, de même que le débiteur d'une rente constituée, devient chaque jour débiteur de la trois cent soixante-cinquième partie de la rente. Par exemple, si la rente est de 365 liv. par chacun an, il devient, chaque jour, débiteur de vingt sous : mais ces dettes ne peuvent être exigées ni offertes que lorsque l'année entière étant révolue, elles ont composé la somme entière qui est due par chacun an; à moins qu'il n'y eût clause, par le contrat, que la rente serait payable tous les six mois, ou tous les trois mois; auquel cas, il suffirait que, par la révolution des six mois ou des trois mois, la moitié ou le quart de la rente fût dû.

C'est ce qu'on a coutume de dire, que les rentes se comptent de jour à jour, que les arrérages naissent et sont dus chaque jour. Ce principe est commun à toutes les rentes, aux foncières comme à celles constituées à prix d'argent, et à toutes les autres.

21. Mais, d'ailleurs, la rente foncière est très différente des rentes constituées à prix d'argent. La première et la principale différence est, que la rente foncière est, comme nous l'avons déjà dit, principalement due par l'héritage qui en est chargé; au lieu que les rentes constituées, quand même elles seraient spécialement assignées sur quelque héritage, sont, et pour le capital et pour les arrérages, une dette personnelle de ceux qui les ont constituées, et de leurs héritiers, dont ils ne peuvent se décharger en abandonnant et en cessant de posséder l'héritage, sur lequel elles sont assignées.

De là, naît encore cette différence, que la dette de la rente foncière ne passe pas aux héritiers du preneur en leur qualité d'héritiers, mais seulement à celui qui succède à l'héritage chargé de cette rente; sauf les arrérages qui ont couru jusqu'à la mort du défunt, lesquels étant une dette de la personne du défunt, sont, de même que toutes les autres dettes mobilières, dues par les héritiers du défunt. Au contraire, les rentes constituées à prix d'argent, quoiqu'assignées sur un héritage, étant des dettes de la personne qui les a constituées, sont, et pour le capital et pour les arrérages, dues par tous les héritiers du défunt, à raison de la part pour laquelle chacun d'eux est héritier, et non pas seulement par celui qui succède à l'héritage sur lequel elles sont assignées.

22. Une autre différence est, que le contrat de constitution à prix d'argent, quoique permis, et différent du prêt à intérêt, qui est rejeté dans les États catholiques, ayant néanmoins quelque analogie avec le contrat de prêt, comme nous l'avons observé en notre *Traité du Contrat de Constitution*, n. 5, l'Ordonnance de Louis XI a regardé, comme défavorables, les arrérages des rentes constituées à prix d'argent, et les a assujettis à la prescription de cinq ans; *voyez* notre *Traité du Contrat de Constitution*, *chap.* 5, *art* 2, *n.* 2.

Au contraire, les arrérages de rentes foncières n'ayant rien de défavorable, ne sont pas sujets à cette prescription.

Une troisième différence, c'est que les arrérages des rentes constituées, étant réputés *ad instar usurarum*, le débiteur, quoique mis en demeure de les payer par une interpellation judiciaire, ne doit point d'intérêt de ces arrérages, comme nous l'avons vu en notre *Traité du Contrat de Constitution*. Au contraire, les arrérages de rente foncière sont, de même que les fermes et les loyers, une dette principale, dont les intérêts sont dus du jour de la demeure.

§ V. DIFFÉRENCE DES RENTES FONCIÈRES ET DES RENTES CONSTITUÉES A PRIX D'ARGENT, A L'ÉGARD DE LA FACULTÉ DE RACHAT.

23. C'est encore une des principales différences entre les rentes foncières et les rentes constituées à prix d'argent, que celles-ci sont, par la nature du contrat de constitution, rachetables à perpétuité, toutes les fois que le débiteur voudra s'en libérer, en rendant le prix pour lequel elles ont été constituées.

La raison est, que le contrat de constitution de rente à prix d'argent, de la légitimité duquel on avait d'abord eu quelque doute, n'a été permis, dans le commerce, qu'à cette condition, comme nous l'avons vu en notre *Traité du Contrat de Constitution*.

Au contraire, la rente créée par un bail d'héritage n'est point, par sa nature, rachetable : le bailleur s'étant réservé le droit de cette rente dans son héritage, lors de l'aliénation qu'il en a faite, et n'ayant consenti de l'aliéner qu'à cette charge, il ne peut pas être obligé, malgré

lui, à souffrir le rachat de cette rente, suivant le principe général, que personne ne peut être obligé à vendre son bien : *Nemo res suas vendere cogitur*.

24. On a néanmoins, pour cause d'utilité publique, donné atteinte à ce principe, à l'égard des rentes foncières, dont les maisons de ville sont chargées.

La première loi qui y a donné atteinte, est l'Ordonnance de Charles VII, de 1441, pour les rentes dues sur les maisons de la ville et des faubourgs de Paris. Elle ordonne, article 18, que toutes rentes constituées par acensement, après le premier acensement, ou après autres rentes, seront rachetables au prix dessus dit, c'est-à-dire, au denier douze.

Le motif de cette loi fut, suivant qu'il paraît par le préambule, qu'un grand nombre de propriétaires de maisons, qui étaient chargées de plusieurs rentes qui en absorbaient le revenu, les laissaient tomber en ruine.

Henri II a étendu ce privilége, et l'a accordé à toutes les villes du royaume. Après avoir, par son édit du mois de mai 1553, *art.* 1, permis, pendant le temps de trois ans, le rachat, sur le pied du denier vingt, de toutes rentes foncières et de toutes rentes seigneuriales, créées sur les maisons de toutes les villes du royaume et faubourgs d'icelles; par une déclaration du dernier février suivant, il permet à perpétuité le rachat desdites rentes pour le prix porté dans son édit.

25. Il paraît que ces lois n'ont pas été entièrement observées; car la Coutume réformée de Paris, *art.* 12, permet bien le rachat des rentes créées par le bail des maisons de la ville et des faubourgs de Paris; mais elle ne le permet pas de toutes indistinctement, car elle ajoute : *Si elles ne sont les premières après le cens et fonds de terre*.

Notre Coutume d'Orléans, en l'article 270, a la même disposition.

Ces dispositions des Coutumes de Paris et d'Orléans ayant été formées sur la jurisprudence qui avait lieu lors de la réformation de ces Coutumes, laquelle avait apporté cette modification et exception à l'édit de Henri II, en faveur des rentes créées les premières après le cens, il y a lieu de penser que, dans les Coutumes qui ne se sont pas expliquées sur le rachat des rentes foncières dont les maisons de ville sont chargées, il n'y a que celles, qui ne sont pas les premières après le cens, qui soient rachetables.

26. La Coutume de Paris n'ayant parlé que des rentes foncières sur les maisons de la ville et des faubourgs de Paris, et celle d'Orléans n'ayant parlé que de celles sur les maisons de la ville et des faubourgs d'Orléans, on a douté si les propriétaires des maisons des autres villes, régies par les Coutumes de Paris et d'Orléans, avaient aussi le droit de racheter les rentes foncières, dont étaient chargées leurs maisons. On a jugé qu'ils avaient ce droit, le roi Henri II l'ayant accordé pour toutes les villes du royaume, comme nous l'avons vu ci-dessus. Brodeau sur Louet, *l. R, chap.* 12, en rapporte un arrêt du 23 juillet 1739, pour une maison de Poissy; et un du 6 mai 1648, pour une maison de Pithiviers.

27. Pour qu'une rente soit réputée la première après le cens, et, en conséquence, comprise dans l'exception, et non sujette au rachat, il faut que, lorsqu'elle a été créée, l'héritage ne fût chargé d'aucune autre redevance que du cens. Mais s'il était déjà chargé d'une autre rente, dont le créancier a reçu depuis volontairement le rachat, cette rente, qui était la seconde, et, par conséquent, sujette au rachat, doit continuer de l'être, quoiqu'elle soit devenue la première par le rachat de celle qui la précédait. Le débiteur de la seconde rente ayant eu, lors de sa création, le droit de la racheter, ne doit pas être dépouillé de ce droit par le rachat de la première, qui est un fait étranger au créancier de la seconde rente. Nous l'avons ainsi jugé au bailliage d'Orléans, en 1724, contre l'abbé de la Cour-Dieu.

28. Ce droit, qu'ont les propriétaires des maisons de ville, de racheter les rentes foncières dont elles sont chargées, lorsqu'elles ne sont pas les premières après le cens, étant fondé sur une raison d'intérêt public, est imprescriptible.

Par la même raison, il n'y peut être dérogé par la convention des particuliers, suivant cette règle de droit : *Privatorum conventio juri publico non derogat*. C'est pourquoi, quand même il serait expressément porté, par le bail, qu'une telle rente ne pourra se racheter, elle ne laisserait pas d'être rachetable.

29. Après avoir établi que les rentes foncières, sur les maisons de ville, sont rachetables, si elles ne sont les premières après le cens, il reste à savoir sur quel pied elles sont rachetables. Henri II avait ordonné que ce serait sur le pied du denier vingt, comme nous l'avons vu ci-dessus. Les Coutumes de Paris et d'Orléans, ayant déclaré que les rentes, créées par legs sur les maisons de Paris et d'Orléans, seraient rachetables sur le pied du denier vingt, sont censées pareillement avoir réglé, sur ce pied, le rachat des rentes créées par le bail.

Aujourd'hui que le prix des rentes, comme de tous les autres biens, est considérablement augmenté, suffit-il encore de faire le rachat sur ce pied? Ne doit-il pas être fait sur un pied plus fort? La raison de douter est, que, lorsque

quelqu'un, pour cause d'utilité publique, est contraint de vendre une chose qui lui appartient, il doit en recevoir le juste prix, *tenetur rendere æquo pretio*. Il ne doit pas suffire de lui payer le plus bas prix, que vaut la chose; on doit lui payer un prix avantageux. Henri II et les Coutumes réformées ont suivi ce principe d'équité, en réglant le rachat des rentes foncières au prix du denier vingt, qui était alors plus fort de deux cinquièmes que le plus bas prix des rentes qu'on constituait au denier douze. Mais aujourd'hui que le plus bas prix des rentes, constituées à prix d'argent, est le prix du denier vingt, il est évident que le prix du denier vingt n'est plus aujourd'hui le juste prix d'une rente foncière, qui est plus précieuse qu'une rente constituée, et qui, étant à prendre sur une bonne maison de ville, se vendrait, pour le moins, sur le pied du denier trente, si elle n'était pas rachetable. Nonobstant ces raisons, la jurisprudence a continué jusqu'à présent à permettre le rachat de ces rentes sur le pied du denier vingt: le bailleur, en les créant, a dû compter là-dessus.

Pourrait-on valablement convenir, par le bail, qu'elle serait rachetable d'une plus grosse somme portée sur le pied du denier vingt-cinq ou trente? Pour la négative, on dira que la faculté de racheter ces rentes étant accordée par la loi, pour une raison d'intérêt public; de même que, pour cette raison, on n'y peut déroger directement, on ne doit pas, par la même raison, y pouvoir donner indirectement atteinte, par une clause qui rend le rachat plus difficile et plus onéreux. Néanmoins, j'inclinerais à penser que la clause est valable, pourvu que la somme ne fût pas une somme exorbitante, qui surpassât la valeur de la rente, l'esprit de la loi n'ayant été que d'empêcher que ces rentes ne pussent absolument être rachetées.

30. Par une déclaration du roi Charles IX, du dernier août 1566, vérifiée en la cour le 17 septembre suivant; et par l'édit de 1606, *art.* 20, les rentes foncières, dues à l'église, quoique sur des maisons de ville, ne sont pas sujettes au rachat. Mais il a été jugé que ce privilége, accordé aux ecclésiastiques, ne devait pas s'étendre aux rentes foncières sur les maisons des villes, dont les Coutumes accordent expressément le rachat, telles que celles de Paris et d'Orléans. La raison est, que les gens d'église ayant comparu à la réformation de ces Coutumes, et ne s'étant pas opposés à la disposition qui permet ce rachat, c'est un droit par eux consenti. Il a été même jugé par arrêts de 1605 et de 1622, rapportés par Brodeau sur Louet, que cette faculté de rachat avait lieu pour les rentes foncières dues aux ecclésiastiques, et créées avant les réformations de ces Coutumes, aussi bien que pour celles créées depuis, quoique le procès-verbal de la Coutume de Paris porte que l'article a été accordé *sans préjudice du passé, et pour avoir lieu à l'avenir.*

ARTICLE III.

Du consentement.

31. Il est de l'essence du contrat de bail à rente, de même que de tous les autres contrats, que le consentement des parties intervienne sur les choses qui en font l'objet, c'est-à-dire, sur l'héritage qui est baillé à rente, et sur la rente que le bailleur veut s'y retenir, et à la prestation de laquelle le preneur consent de s'obliger.

Il doit aussi intervenir sur le contrat même, que les parties entendent faire; c'est-à-dire, qu'il faut que le bailleur et le preneur entendent l'un et l'autre faire un contrat de bail à rente. Si le bailleur n'entendait faire qu'un bail à loyer ou à ferme, et que le preneur entendît prendre l'héritage à titre de bail à rente, *aut vice versâ,* le contrat serait nul, faute de consentement.

Ce que nous avons dit en notre *Traité du Contrat de Vente*, *part.* 1, *sect.* 2, *art.* 3, sur le consentement qui y doit intervenir, peut recevoir ici application. Nous y renvoyons.

CHAPITRE III.

Des obligations qui naissent du contrat de bail à rente.

ARTICLE PREMIER.

Des obligations du bailleur.

32. Le bailleur s'oblige, par le bail à rente, envers le preneur, *præstare ei fundum habere licere*, de même que le vendeur d'un héritage s'y oblige, par le contrat de vente, envers l'acheteur.

Cette obligation renferme celles de la garantie des évictions, et de la garantie des charges réelles non déclarées par le bail.

Ces obligations de garantie sont entièrement semblables à celles dont un vendeur est tenu envers l'acheteur. Elles produisent les mêmes actions et les mêmes exceptions ; et ce que nous avons dit en notre *Traité du Contrat de Vente, part.* 2, *chap.* 1, *sect.* 2 *et* 3, peut s'appliquer au bail à rente.

33. La bonne foi oblige aussi le bailleur, dans le bail à rente, aux mêmes choses auxquelles elle oblige le vendeur dans le contrat de vente. Il doit, de même qu'un vendeur, non seulement n'user d'aucun mensonge, mais même n'user d'aucune réticence des choses qu'il sait, par rapport à l'héritage baillé à rente, que le preneur avait intérêt de savoir, et qui eussent pu détourner ce preneur, ou de prendre l'héritage, ou de le prendre pour une rente aussi forte.

Pareillement, de même que la bonne foi ne permet pas au vendeur de vendre au-delà du juste prix, elle ne permet pas non plus au bailleur d'imposer, par le bail, la charge d'une rente trop forte, qui excède le juste prix de l'héritage.

Presque tout ce que nous avons dit dans notre *Traité du Contrat de Vente, part.* 2, *chap.* 2, sur les obligations du vendeur qui naissent de la bonne foi, peut s'appliquer au contrat de bail à rente.

34. Il y a aussi des obligations du bailleur qui naissent des différentes clauses, qui s'insèrent quelquefois dans les contrats de bail à rente, dont nous parlerons au chapitre suivant.

ARTICLE II.

Des obligations du preneur.

35. Les obligations du preneur, qui naissent de la nature du bail à rente, sont celles de payer les arrérages de la rente, qui courront pendant le temps qu'il possédera l'héritage; de conserver et entretenir en bon état l'héritage pour la sûreté de la rente; et, lorsque le bail n'est pas à perpétuité, de le rendre en bon état à la fin du bail à rente.

Il y a encore d'autres obligations du preneur, qui naissent de la bonne foi, et des clauses particulières du bail.

§ I. DE L'OBLIGATION DE PAYER LA RENTE.

36. La principale obligation, que le preneur contracte par le bail à rente, est celle de payer la rente au bailleur, ou à ceux qui seront à ses droits, pendant tout le temps que le preneur possédera l'héritage.

Cette rente commence à courir, du jour que le preneur est, par le bail, entré en possession et jouissance de l'héritage.

Le preneur doit aussi les intérêts des sommes dues pour les arrérages de la rente, du jour qu'il a été mis en demeure de les payer, comme nous l'avons déjà observé *suprà*, *n.* 22.

Le preneur, s'il n'y a, par le bail, clause au contraire, peut retenir au bailleur, sur les arrérages de la rente, les vingtièmes et autres semblables impositions : car ces impositions étant une charge de tous les revenus des sujets du roi, le bailleur, créancier de la rente, doit au roi les vingtièmes de cette rente, qui fait partie de ses revenus; et le preneur, en payant les sommes auxquelles il a été imposé pour le revenu de ses héritages, et à qui on n'a pas diminué les rentes qu'il doit, se trouve avoir payé, pour le bailleur, les vingtièmes de la rente qu'il lui doit.

Il n'a droit de retenir au bailleur la somme à laquelle montent les vingtièmes qu'il lui doit, que jusqu'à concurrence de la somme qu'il justifiera avoir lui-même payée au roi pour les vingtièmes de ses biens. Mais il n'est pas nécessaire qu'il ait payé cette somme précisément pour l'héritage qui en est chargé ; car, tant qu'il possède cet héritage, il est débiteur, sur tous ses biens, de la rente.

37. Le preneur ou ses successeurs, lorsqu'ils sont troublés en la possession de l'héritage sujet à la rente, par quelque action en revendication ou autre, peuvent, durant le procès, demander caution au créancier de la rente pour le paiement des arrérages de la rente; de même, qu'en pareil cas, un acheteur peut demander caution au vendeur pour le paiement du prix ; *voyez* ce que nous en avons dit en notre *Traité du contrat de Vente*, *n.* 281 *et suiv.*

38. Cette obligation de payer la rente, que le preneur contracte par le bail, ne dure ordinairement, s'il n'y a clause au contraire, que tant qu'il possède l'héritage. Il peut, de même que ses successeurs, s'en décharger, pour l'avenir, de deux manières ; ou en aliénant l'héritage, ou en le déguerpissant ; mais il faut, pour cela, en l'un et en l'autre cas, qu'il satisfasse, pour le passé, à tout ce à quoi il est obligé personnellement, soit par rapport au paiement des arrérages, soit par rapport à l'obligation de mettre l'héritage en bon état, ou même d'y faire les améliorations qu'il s'est obligé d'y faire. Jusqu'à ce qu'il ait satisfait, il peut, selon la doctrine de Loyseau, *liv.* 4, *ch.* 12, *n.* 9, dans le cas de l'aliénation, comme dans celui du déguerpissement, être poursuivi pour la continuation de la rente ; et le créancier peut, jusqu'à ce qu'il ait satisfait, refuser le titre nouvel qui lui serait offert par le successeur.

Mais, si le créancier a accepté le titre nouvel du successeur, le preneur (s'il n'y a clause au contraire par le bail) est entièrement déchargé

de la rente pour l'avenir, sauf l'action du créancier contre lui, pour ce qu'il n'a pas acquitté de ses obligations pour le passé.

39. De cette obligation, que le preneur contracte de payer la rente, naît une action qu'a le bailleur contre le preneur, non seulement pour en exiger le paiement, mais même pour rentrer dans l'héritage, à défaut de paiement.

Il y a néanmoins de la différence entre les deux objets de cette action : il suffit qu'il y ait un terme de paiement de la rente échu, pour que le bailleur puisse, dès le lendemain de l'échéance, en exiger le paiement, sans que le preneur puisse obtenir, pour cela, aucun délai. Notre Coutume d'Orléans, *art.* 424, en a une disposition : elle dit que le bénéfice de répit n'a pas lieu pour la dette d'arrérages de rentes foncières.

40. A l'égard de l'autre objet de l'action, qui est de rentrer dans l'héritage, à défaut de paiement de la rente, le bailleur n'y est reçu, que lorsqu'il lui est dû plusieurs termes : même, en ce cas, le juge, avant de statuer définitivement, a coutume d'ordonner que le preneur sera tenu de payer, dans un certain temps fixé par la sentence, faute de quoi il sera permis au bailleur de rentrer. Il y a plus ; même après que le bailleur a obtenu sentence, qui lui permet de rentrer, et qui condamne le preneur, faute de paiement, à quitter l'héritage, le preneur peut encore, sur l'appel, en payant tous les arrérages qu'il doit, et en offrant de payer tous les dépens, se faire renvoyer de la demande du bailleur, et demeurer dans l'héritage. Je pense même que, quoiqu'il ait été condamné par arrêt, à quitter l'héritage, *faute de paiement*, n'étant pas, en ce cas, condamné purement et simplement, mais *faute de paiement*, avant que l'arrêt soit exécuté, et que le bailleur soit rentré dans l'héritage, il peut encore, en payant tout ce qu'il doit, ou en consignant sur le refus du bailleur, se conserver en la possession de l'héritage. Mais, après que l'arrêt a été exécuté, et que le bailleur est rentré en possession de l'héritage, il ne serait plus à temps d'offrir le paiement des arrérages.

41. Le jugement, qui permet au bailleur de rentrer dans l'héritage, ordonne qu'il sera préalablement visité et estimé. S'il s'y trouvait des améliorations, le bailleur, qui rentre dans l'héritage, serait, suivant la règle d'équité, qui ne permet pas de s'enrichir aux dépens d'autrui, tenu de faire raison au preneur du prix auquel auraient été estimées les améliorations ; et la compensation doit s'en faire, jusqu'à due concurrence, avec les arrérages de la rente courus et dus par le preneur, jusqu'au jour qu'il a quitté la possession de l'héritage : le surplus desdits arrérages peut être exigé par le bailleur, quoiqu'il soit rentré dans l'héritage.

§ II. DE L'OBLIGATION D'ENTRETENIR L'HÉRITAGE EN BON ÉTAT.

42. Le preneur contracte encore, par le bail à rente, l'obligation d'entretenir en bon état l'héritage baillé à rente. Cette obligation a coutume d'être exprimée par les baux. Mais, quand même elle n'y serait pas exprimée, elle y serait sous-entendue, parce qu'elle est de la nature du bail à rente.

Il n'y a que celui, qui a la propriété parfaite d'une chose, qui ait le droit d'en mésuser : or, le preneur ne l'a pas, puisqu'il n'est propriétaire de l'héritage qu'à la charge de la rente que le bailleur s'y est retenue : il doit donc, pour la sûreté de cette rente, entretenir l'héritage en bon état, afin qu'il puisse produire de quoi la payer.

Cette obligation consiste à faire aux bâtimens toutes les réparations nécessaires ; à ne point laisser en friche et sans culture, les terres qui, au temps du bail, étaient cultivées ; à provigner les vignes ; à les renouveler, lorsqu'elles deviennent trop vieilles ; à planter des arbres à la place de ceux qui meurent, etc.

De cette obligation, naît une action qu'a le bailleur contre le preneur, faute par lui de remplir cette obligation, pour faire ordonner la résolution du bail, et faire condamner le preneur à rendre l'héritage au bailleur, et aux dommages et intérêts résultans de ce que l'héritage vout moins que la rente, par les dégradations qu'il y a faites.

43. Il nous reste à observer deux différences entre le preneur et un usufruitier, par rapport à l'obligation d'entretenir l'héritage en bon état.

La première, est qu'un usufruitier n'est tenu que des réparations qu'on appelle *viagères*. Il n'est pas tenu de celles qu'on appelle *grosses réparations*, telle qu'est la réfection d'un gros mur qui, par vétusté, et non par défaut d'entretien, a besoin d'être reconstruit. Voyez *Paris, art.* 262 ; *et Orléans, art.* 222.

Au contraire, le preneur étant propriétaire, est tenu de faire les grosses réparations aussi bien que les viagères. Par exemple, si l'un des gros murs d'une maison baillée à rente devenait caduc par vétusté, le preneur et ses successeurs seraient obligés de le reconstruire.

Néanmoins, si la maison, baillée à rente, était, dans sa totalité, devenue caduque par vétusté, et non par défaut d'entretien, *Loyseau, liv.* 5, *chap.* 8, *n.* 9, enseigne que le preneur et ses successeurs ne sont pas, en ce cas, obligés à la reconstruire ; car, par le bail, le preneur s'oblige *à entretenir, à maintenir en bon état ;* et ces termes ne renferment pas une réédification entière. Le bailleur ne peut donc pas exiger cela

du preneur, si ce n'est dans le cas auquel il voudrait déguerpir, comme nous le verrons *infrà*.

44. Une seconde différence est, qu'un usufruitier ne peut changer la forme de l'héritage dont il jouit par usufruit; au lieu que le preneur étant propriétaire, peut changer la forme de l'héritage baillé à rente, pourvu qu'il la convertisse en une forme aussi utile, et qui assure la rente que le bailleur s'est réservée, autant que s'il était resté dans la forme dans laquelle il était lors du bail.

Il y a plus : le bailleur n'ayant d'intérêt que pour la sûreté de sa rente, et l'exécution des obligations que le preneur contracte d'entretenir l'héritage, le preneur ne pourrait pas être empêché de supprimer une partie des bâtimens baillés à rente, sans rien suppléer à la place, en offrant au bailleur de s'obliger à lui fournir, à toujours, sa rente sous de bonnes hypothèques; *Loyseau*, voyez *ch.* 5, *n.* 14.

§ III. DE L'OBLIGATION DE RENDRE, A LA FIN DU BAIL, L'HÉRITAGE EN BON ÉTAT, LORSQUE LE BAIL N'EST PAS FAIT A PERPÉTUITÉ.

45. Lorsque le bail à rente n'est pas fait à perpétuité, mais pour un long temps, le preneur ou ses successeurs sont obligés de rendre, lors de l'expiration du temps du bail, l'héritage en bon état. Cette obligation, à l'égard des bâtimens, consiste à les rendre en bon état de toutes réparations. S'ils ne s'y trouvent pas, le preneur doit être condamné à les faire faire dans un certain temps, qui lui sera fixé par le juge; sinon, permis au bailleur de les faire faire aux dépens du preneur. Il doit aussi être condamné aux dommages et intérêts du bailleur, si, faute d'avoir fait les réparations, au temps de l'expiration du bail, le bailleur avait été privé de la jouissance de la maison ou d'une partie considérable de la maison.

Pareillement, si les terres, lorsque l'héritage doit être rendu, se trouvent dégradées, le preneur et ses successeurs doivent être condamnés aux dommages et intérêts.

§ IV. DES OBLIGATIONS DU PRENEUR QUI NAISSENT DE LA BONNE FOI, OU DES CLAUSES DU BAIL.

46. De même que, dans le contrat de vente, la bonne foi oblige l'acheteur à n'user d'aucun mensonge ni d'aucune réticence affectée, pour engager le vendeur à vendre, ou à vendre moins cher; de même, dans le contrat de bail à rente, la bonne foi oblige le preneur à n'user d'aucun mensonge, ni d'aucune réticence, pour porter le bailleur à bailler son héritage à rente, ou à en faire meilleur marché. Ce que nous avons dit, à cet égard, en notre *Traité du Contrat de Vente*, *part.* 3, *sect.* 2, *art.* 1, peut s'appliquer au contrat de bail à rente.

Le bail à rente étant un contrat commutatif, où chacune des parties entend recevoir autant qu'elle donne, la bonne foi oblige le preneur de se charger, par le bail, d'une rente qui ne soit pas au-dessous de la juste valeur de la propriété de l'héritage qui lui est transférée par le bail.

Il y aurait lieu à la restitution, de même que dans le contrat de vente, si la lésion était énorme; c'est-à-dire, si la rente, que le preneur s'est obligé de payer, et ce qu'il donne pour deniers d'entrée, étaient au-dessous de la moitié du juste prix.

47. Enfin, il y a des engagemens du preneur, qui naissent des clauses particulières qui sont apposées au bail à rente : nous en traiterons en parlant de ces différentes clauses.

CHAPITRE IV.

Des différentes clauses qui sont apposées quelquefois dans les contrats de bail à rente, et des obligations qui en naissent.

48. Le bail à rente est susceptible de la plupart des clauses qui se trouvent dans les contrats de vente, telles que celles qui concernent la contenance, ou les qualités de l'héritage qui fait l'objet du contrat, ou de quelque partie de cet héritage : elles produisent les mêmes obligations et les mêmes actions que dans le contrat de vente. Par exemple, si la contenance de l'héritage baillé à rente, ne se trouve pas telle qu'elle a été déclarée par le bail, si l'héritage baillé à rente n'a pas quelqu'une des qualités énoncées par le bail, le preneur a action pour demander une diminution de la rente, au dire d'experts, ou même quelquefois la résolution du bail. Tout ce que nous avons dit, à cet égard, pour le contrat de vente en notre *Traité du Contrat de Vente*,

part. 2, *chap.* 3, *art.* 1 *et* 2, peut s'appliquer au contrat de bail à rente : nous y renvoyons.

Outre ces clauses, il y en a qui sont particulières au contrat de bail à rente : nous allons rapporter les plus ordinaires. Nous commencerons par celles qui sont en faveur du bailleur ; nous verrons ensuite celles qui se mettent en faveur du preneur.

SECTION PREMIÈRE.

DES CLAUSES QUI SONT EN FAVEUR DU BAILLEUR.

§ I. DE LA CLAUSE PAR LAQUELLE ON STIPULE DES DENIERS D'ENTRÉE.

49. Souvent, par les baux à rente, le preneur s'oblige à donner au bailleur une somme d'argent, ou d'autres choses. Lorsque c'est une somme d'argent, ou d'autres choses mobilières, que le preneur s'est obligé de donner, le contrat de bail à rente est, en ce cas, mêlé de vente : il donne ouverture aux profits de vente pour ces deniers d'entrée ; *Introduction au Titre des fiefs de la Coutume d'Orléans*, *n.* 151.

Cette clause a aussi l'effet de rendre le contrat de bail à rente sujet au retrait, comme étant, en ce cas, mêlé de vente. Plusieurs Coutumes en ont des dispositions ; c'est la disposition de l'*art.* 389 de notre Coutume d'Orléans. Nous avons observé, dans une note sur cet article, qu'il fallait, pour cela, que les deniers d'entrée excédassent la moitié de la valeur de l'héritage.

Enfin, la somme due pour deniers d'entrée par un contrat de bail à rente, produit des intérêts *ex naturâ contractûs*, sans que le preneur ait été mis en demeure de payer ; de même que le prix d'un héritage dû par un contrat de vente.

§ II. DE LA CLAUSE DE FOURNIR ET FAIRE VALOIR LA RENTE.

50. La clause de fournir et faire valoir est aujourd'hui très commune dans les baux à rente. Par cette clause, le preneur s'oblige, envers le bailleur, à lui payer à perpétuité la rente créée par le bail, dans le cas auquel il ne pourrait en être payé sur l'héritage baillé à rente.

L'obligation, qui résulte de cette clause, est une obligation personnelle, que le preneur contracte, laquelle est subsidiaire à l'obligation de l'héritage.

51. L'effet de cette clause est, 1° que le preneur, qui, sans cette clause, pourrait se libérer de la rente foncière pour l'avenir, en aliénant l'héritage qui en est chargé, ou en le déguerpissant, n'est pas reçu à le déguerpir, et ne cesse pas, lorsqu'il l'a aliéné, d'être débiteur de la rente.

Mais il n'en est débiteur que subsidiairement. C'est pourquoi, si le propriétaire de la rente demandait au preneur le paiement des arrérages de la rente, courus depuis qu'il l'a aliénée, le preneur pourrait lui opposer qu'il doit auparavant discuter les possesseurs de l'héritage qui en sont les principaux débiteurs ; *Loyseau*, *liv.* 4, *chap.* 13, *n.* 3.

Tout ce que nous avons dit sur cette discussion en notre *Traité du Contrat de Vente*, *n.* 567 *et suiv.*, reçoit ici son application.

52. 2° L'héritier du preneur, soit qu'il soit médiat ou immédiat, peut être obligé à passer reconnaissance, quoiqu'il ne soit pas possesseur de l'héritage chargé de la rente. Mais il ne doit pas, par l'acte de reconnaissance, s'obliger directement au paiement de la rente : il doit seulement reconnaître, qu'en sa qualité d'héritier du preneur, il est tenu de l'obligation, contractée par le preneur, de fournir et faire valoir la rente, et, en conséquence, s'obliger à la payer pour la part de laquelle il est héritier, et hypothécairement pour le total (s'il est bien-tenant), dans le cas auquel le créancier ne pourrait s'en faire payer sur l'héritage qui en est chargé.

53. 3° Le preneur, qui s'est obligé de fournir et faire valoir la rente, et ses héritiers, demeurent obligés à perpétuité à la prestation de la rente, *ores que*, dit Loyseau, *ibid. n.* 2, *l'héritage fût entièrement perdu ;* c'est-à-dire, quand même l'héritage, chargé de la rente, ne subsisterait plus, par une force majeure ; *putà*, s'il était voisin d'une rivière qui l'eût emporté en entier.

§ III. DES CLAUSES DE PAYER LA RENTE A TOUJOURS ET A PERPÉTUITÉ.

54. Ces clauses sont équivalentes à celles de fournir et faire valoir la rente. Par ces clauses, le preneur contracte pareillement, comme par la précédente, une obligation personnelle de payer à perpétuité la rente, dont il ne peut se libérer par le déguerpissement. C'est l'avis de Loyseau, *liv.* 4, *chap.* 11, *n.* 1.

Cet auteur se fait cette objection : Ne pourrait-on pas dire que ces clauses doivent s'entendre *pro subjectâ materiâ*, et, selon la nature du contrat de bail à rente, en ce sens, que le preneur s'oblige à payer *à toujours et à perpétuité* la rente, *tant qu'il possédera l'héritage ?* Non, répond Loyseau ; car le sens naturel et littéral de ces termes, *à toujours*, *à perpétuité*, n'admet pas cette restriction, *tant qu'il sera possesseur ;* et on ne doit s'écarter du sens littéral des termes, que lorsque ce sens présenterait quelque chose d'absurde, ou qui serait manifestement contraire à l'intention qu'ont eue les contractans ; ce qu'on ne peut dire du sens

littéral de ces clauses, n'étant point une chose insolite dans les baux à rente, que le preneur s'oblige personnellement à la prestation de la rente, et renonce à la faculté du déguerpissement.

L'obligation personnelle, contractée par ces clauses, n'est que subsidiaire à l'obligation réelle, qui est toujours la principale dans les baux à rente.

§ IV. DE LA CLAUSE D'AMÉLIORER L'HÉRITAGE, DE MANIÈRE QU'IL VAILLE TOUJOURS LA RENTE, ET PLUS.

55. Cette clause renferme une obligation personnelle subsidiaire de payer à toujours la rente.

Un effet de cette clause est que le preneur, après avoir aliéné l'héritage, demeure subsidiairement tenu de la rente, dans le cas auquel le créancier de la rente ne pourrait s'en faire payer sur l'héritage.

Un autre effet est, qu'il n'est pas reçu à le déguerpir. Senlis, *art.* 286; Sens, *art.* 237, en ont des dispositions, qui doivent être suivies dans les autres Coutumes. Cela a été jugé par arrêt du 27 juillet 1599, cité par Loyseau, *liv.* 4, *chap.* 12, *n.* 11. Il en donne cette raison, que le premier étant, par cette clause, obligé à toujours de suppléer ce que l'héritage produirait de moins que la rente, le déguerpissement ne peut pas l'en libérer.

56. L'obligation, qui résulte de cette clause, s'éteint par la destruction totale de l'héritage; car le preneur ne peut pas être obligé à améliorer ce qui n'existe plus : en cela, cette obligation diffère de celles qui résultent des clauses précédentes.

§ V. DE LA CLAUSE PAR LAQUELLE LE PRENEUR S'OBLIGE DE FAIRE CERTAINES AMÉLIORATIONS A L'HÉRITAGE.

57. Dans les contrats de bail à rente, le bailleur, pour assurer davantage la rente dont il charge l'héritage qu'il baille à rente, stipule souvent que le preneur sera obligé de faire certaines améliorations; *putà*, de construire, sur l'héritage baillé à rente, des bâtimens de valeur d'une certaine somme, de planter une certaine quantité de terres en vignes, etc.

Par cette clause, le preneur contracte envers le bailleur l'obligation de faire l'amélioration qu'il s'est obligé de faire.

58. De cette obligation naît une action personnelle, qu'a le bailleur contre le preneur, pour l'obliger à faire cette amélioration; et, au cas qu'il soit refusant, ou en demeure de la faire, le bailleur est fondé à conclure à la résolution du bail, c'est-à-dire, à ce que, faute par le preneur de satisfaire aux clauses du bail, il lui soit permis de l'expulser et de rentrer dans l'héritage, et à ce qu'il soit condamné aux dommages et intérêts résultans de l'inexécution du bail.

59. Lorsque le temps, dans lequel l'amélioration doit être faite, a été fixé par la clause du bail, il est évident que le preneur doit jouir de tout ce temps, et qu'il ne peut être poursuivi qu'après qu'il est expiré. Si la clause n'a pas fixé le temps, le bailleur peut poursuivre aussitôt le preneur pour l'exécution de son obligation, pourvu que ce soit *tempore congruo*. Par exemple, lorsque le preneur s'est obligé à construire un bâtiment sur l'héritage qui lui a été baillé à rente, le bailleur ne peut le poursuivre pour l'exécution de son obligation, que dans un temps auquel on peut bâtir. L'assignation, qu'il lui donnerait en hiver, pour qu'il fît construire ce bâtiment, serait une demande prématurée.

Lorsque le preneur est assigné pour faire l'amélioration qu'il s'est obligé de faire, et que le bail n'a pas réglé le temps dans lequel il la doit faire, le juge en doit fixer un; et ce n'est, qu'après l'expiration de ce temps, qui aura été fixé par le juge, que le bailleur peut prendre, contre le preneur qui n'a pas satisfait, les conclusions ci-dessus rapportées.

Quoique le temps, dans lequel le preneur devait faire l'amélioration, ait été fixé par le bail, et que le bailleur n'ait poursuivi l'exécution de la clause, qu'après l'expiration de ce temps, le juge doit encore, avant que de prononcer la résolution du bail, lui impartir un temps pour la faire.

Même après que, faute par le preneur d'avoir fait l'amélioration dans le temps que le juge lui a imparti pour la faire, il a été rendu une sentence, qui a permis au bailleur de rentrer dans l'héritage, faute par le preneur d'avoir satisfait à son obligation, le preneur peut encore, sur l'appel, en faisant l'amélioration qu'il s'est obligé de faire, faire infirmer la sentence, sauf qu'il doit être condamné en tous les dépens.

60. Mais le preneur ne pourrait pas se dispenser de faire l'amélioration qu'il s'est obligé de faire, en offrant au bailleur de lui donner d'autres sûretés pour sa rente; *putà*, de lui donner des cautions qui s'obligent de fournir et faire valoir la rente sous l'hypothèque de biens considérables. Cela résulte de cette règle, que, *Aliud pro alio solvi invito creditori non potest.*

61. L'action, qui naît de l'obligation résultante de cette clause, peut être donnée, non seulement contre le preneur qui l'a contractée, et contre ses héritiers, mais même contre les tiers détenteurs de l'héritage baillé à rente : car n'ayant été aliéné, qu'à la charge des clauses portées par le bail, cet héritage est affecté à l'exécution de l'obligation qui résulte de cette clause; et le tiers détenteur, quoiqu'il

ne soit pas personnellement obligé à l'exécution de cette clause, ne peut retenir l'héritage qu'à la charge de l'exécuter.

62. L'obligation, qui résulte de cette clause, produit aussi une exception contre le preneur et ses héritiers, qui offriraient de déguerpir l'héritage pour se libérer de la rente; exception par laquelle ils sont exclus du déguerpissement, jusqu'à ce qu'ils se soient acquittés de cette obligation.

63. Cette obligation s'éteint *solutione*, lorsque le preneur a fait l'amélioration qu'il s'est obligé de faire; et quand même elle serait depuis détruite par quelque force majeure, le preneur ne pourrait pas être obligé à la faire une seconde fois, et ne pourrait plus être empêché de déguerpir l'héritage pour se libérer de la rente. En cela, cette obligation diffère de celles qui résultent des clauses précédentes, lesquelles obligent subsidiairement le preneur à payer la rente à toujours, et l'excluent, pour toujours, de la faculté de déguerpir.

64. Cette obligation s'éteint encore par la destruction entière de l'héritage; car on ne peut pas améliorer un héritage qui n'existe plus.

Mais elle ne s'éteint pas, quoique l'amélioration ne puisse pas se faire dans la forme portée par la clause; et l'obligation doit, en ce cas, s'acquitter par équivalent. Par exemple, si, par le bail à rente qui m'a été fait d'une maison, je me suis obligé d'exhausser d'un étage un certain corps de logis de cette maison; quoiqu'avant que je me sois acquitté de cette obligation, ce corps de logis ait été incendié par le feu du ciel, et, qu'en conséquence, l'exhaussement, que je m'étais obligé de faire, ne puisse plus se faire, néanmoins, je suis tenu d'acquitter mon obligation par un équivalent, en construisant un bâtiment de pareille valeur que l'exhaussement que je m'étais obligé de faire.

Observez que le preneur n'étant plus, en ce cas, tenu de faire la chose même qu'il s'était obligé de faire, laquelle est devenue impossible, et n'étant plus tenu qu'à un équivalent, il peut, en déguerpissant avant que de s'en être acquitté, offrir cet équivalent en argent, suivant l'estimation qui en sera faite; *Loyseau, liv.* 4, *chap.* 12, *n.* 10.

65. Il est évident que l'obligation de faire une certaine amélioration s'éteint aussi par le rachat de la rente, le créancier, qui a reçu le rachat de sa rente, n'ayant plus d'intérêt à cette amélioration, qui n'avait été stipulée que pour assurer sa rente.

§ VI. DE LA CLAUSE DE PAYER LES ARRÉRAGES DE LA RENTE SANS AUCUNE DIMINUTION.

66. Le bailleur, au moyen du droit de rente foncière, qu'il retient dans l'héritage baillé à rente, étant contribuable à certaines impositions qui se lèvent sur l'héritage, comme nous le verrons *infrà*, l'effet de cette clause est, que le preneur et ses successeurs soient tenus de les acquitter en entier, et de décharger le bailleur ou ses successeurs, créanciers de la rente, de la part dont ils pourraient en être tenus.

Cette clause s'étend-elle aussi à charger le preneur des impositions des vingtièmes et autres impositions de même nature, que le bailleur doit au roi pour la rente; et empêche-t-elle le preneur de pouvoir rien retenir sur les arrérages de la rente pour lesdites impositions? La question dépend de ce que les parties ont voulu; et c'est par les termes, dans lesquels la clause est conçue, qu'on doit estimer quelle a été, à cet égard, la volonté des parties.

Dans les anciens baux, qui ont été faits avant la première création de l'impôt du dixième, quelque étendus et quelque généraux que soient les termes des clauses, par lesquelles il est dit que la rente sera payée au bailleur, franche de quelques impositions que ce soit; ces clauses me paraissent ne pouvoir se rapporter qu'aux impositions particulières qui seraient faites sur les héritages, telles que sont les tailles d'église, les tailles pour les fortifications, etc.; et j'aurais de la peine à croire qu'elles dussent s'étendre aux impositions des dixièmes et autres semblables, qui ne sont pas particulières aux héritages, mais qui sont faites sur tous les revenus de tous les biens des sujets du roi, de quelque espèce qu'ils soient: car ces impositions générales n'étant point connues au temps de ces baux, n'ont pu être prévues, ni, par conséquent, comprises dans les clauses de ces baux; *Arg. l.* 9. § *fin.*, ff. *de transac.* *Voyez* notre *Traité des Obligations*, *n.* 98.

Voyez, sur ces clauses, ce que nous en avons dit en notre *Traité du Contrat de Constitution*, *chap.* 4, *art.* 2, § 2.

SECTION II.

DES CLAUSES APPOSÉES DANS LES BAUX A RENTE EN FAVEUR DU PRENEUR.

ARTICLE PREMIER.

De la clause de rachat de la rente foncière.

67. C'est une clause assez commune dans les baux à rente, que la rente, qui est créée par le bail, sera rachetable.

De cette clause, naît une obligation, par laquelle le bailleur s'oblige envers le preneur, à décharger l'héritage de la rente qu'il s'y est retenue, lorsque le preneur ou ses successeurs

lui paieront la somme convenue entre eux pour le rachat.

Nous verrons sur cette clause, 1° si l'expression de la somme dont la rente sera rachetable, est nécessaire pour la validité de cette clause; 2° si l'obligation, qui naît de cette clause, passe au tiers acquéreur de la rente; 3° si la faculté de rachat passe à tous les héritiers du preneur; 4° si elle passe aux tiers acquéreurs de l'héritage. 5° Nous traiterons de la prescription de cette faculté de rachat. 6° Nous verrons en quoi les rentes foncières, créées avec faculté de rachat, conviennent sur le rachat, avec les rentes constituées à prix d'argent; 7° en quoi elles en diffèrent sur la faculté de rachat.

§ I. SI L'EXPRESSION DE LA SOMME DONT LA RENTE SERA RACHETABLE, EST NÉCESSAIRE POUR LA VALIDITÉ DE LA CLAUSE QUI ACCORDE LA FACULTÉ DE RACHAT.

68. Je ne crois pas cette expression absolument nécessaire, et je pense, qu'à défaut de cette expression, on doit présumer que les parties ont voulu que la rente soit rachetable sur le pied du denier vingt, qui est le prix le plus ordinaire pour lequel se fait le rachat des rentes.

§ II. SI L'OBLIGATION DE SOUFFRIR LE RACHAT DE LA RENTE RÉSULTANTE D'UNE CLAUSE DU BAIL, PASSE AU TIERS ACQUÉREUR DE LA RENTE.

69. Cette obligation étant contractée lors de la création de la rente, et la rente n'étant créée que sous la condition de cette obligation, il s'ensuit que la rente est affectée à cette obligation. C'est pourquoi, le tiers acquéreur, à qui le bailleur à vendu sa rente, quoiqu'il n'ait pas été chargé, par son contrat d'acquisition, d'en souffrir le rachat, ne laisse pas d'être obligé de la souffrir, lorsque le débiteur le voudra faire, sauf son recours en garantie contre son vendeur qui ne l'en a pas chargé.

§ III. SI LE DROIT DE RACHETER LA RENTE PASSE A TOUS LES HÉRITIERS DU PRENEUR A QUI IL A ÉTÉ ACCORDÉ PAR LE BAIL.

70. Ce droit passe sans difficulté aux héritiers du preneur qui succèdent à l'héritage, et qui en sont possesseurs en tout ou pour partie.

Mais si, par le partage, que les héritiers feraient des biens du preneur, l'héritage tombait au lot de l'un d'eux, les autres héritiers, qui n'auraient aucune part à l'héritage chargé de la rente, n'auraient pas le droit de racheter la rente; car l'héritage ne leur appartenant pour aucune partie, ils n'ont aucun intérêt qu'il soit déchargé de la rente, et ils n'ont, par conséquent, aucun intérêt au rachat de la rente.

71. Cette décision souffre exception, 1° si le bail avait été fait avec clause de fournir et faire valoir la rente; car chacun de ces héritiers, quoiqu'il ne possède rien de l'héritage chargé de la rente, demeurant, au moyen de cette clause, débiteur de la rente, au moins subsidiairement, a intérêt au rachat de la rente.

Le créancier de la rente ne peut, par conséquent, refuser le rachat qui lui est offert par l'un de ces héritiers, à moins qu'il ne le décharge de son obligation de fournir et faire valoir la rente.

Il faut dire la même chose de toutes les autres clauses des baux à rente, qui produisent quelque obligation personnelle dont chacun des héritiers est tenu. Chacun desdits héritiers ayant, en ce cas, intérêt de racheter la rente pour être déchargé de son obligation, il peut en offrir le rachat, quoiqu'il ne possède pas l'héritage; et le créancier est obligé de le recevoir, si mieux il n'aime le décharger de son obligation.

72. La seconde exception est le cas auquel le titre de l'héritage ne s'étant pas trouvé, l'héritage aurait été donné en partage à l'un des héritiers, sans la charge de la rente. Les autres héritiers étant, en ce cas, tenus de garantir de la rente leur cohéritier, au lot duquel l'héritage, qui en est chargé, est tombé sans cette charge, ils ont intérêt au rachat de la rente, pour faire cesser leur obligation de garantie.

Tous ceux même, qui, n'ayant aucun intérêt au rachat de la rente, offrent ce rachat, non en leur nom et pour faire revivre la rente, mais au nom du débiteur et pour l'en décharger, doivent y être reçus. Voyez *Molin., Tract. de usur., qu.* 45; *et notre Traité du Contrat de Constitution, n.* 180.

§ IV. SI LE DROIT DE RACHETER LA RENTE, QUI RÉSULTE DE LA CLAUSE DU BAIL, PEUT PASSER AUX TIERS ACQUÉREURS DE L'HÉRITAGE.

73. La clause du bail à rente, par laquelle la rente a été stipulée rachetable, est une convention que le preneur a faite avec le bailleur par rapport à son héritage, dont il est devenu propriétaire par le bail à rente, à l'effet de pouvoir le libérer de la charge de la rente qui lui est imposée, en la rachetant pour la somme convenue, lorsqu'il le jugera à propos. Or, suivant le principe que nous avons établi fort au long en notre *Traité des Obligations, n.* 67, 68 *et suiv.*, et qui est fondé sur la loi 17, § 5, ff. *de pact.*, ce que quelqu'un stipule par rapport à un héritage qui lui appartient, il peut le stipuler, et même il est censé le stipuler, quoique cela ne soit pas exprimé, non seulement pour ses héritiers, mais même pour tous ses

ayants-cause, c'est-à-dire, pour tous ceux qui lui succéderont médiatement ou immédiatement à cet héritage, quoiqu'à titre singulier, soit à titre onéreux, soit même à titre de donation : d'où il suit que le droit, qui naît de la clause par laquelle la faculté de racheter la rente est stipulée, passe à tous les ayants cause du preneur, et, par conséquent, aux tiers acquéreurs de l'héritage.

§ V. DE LA PRESCRIPTION DE LA FACULTÉ DE RACHAT.

74. La Coutume de Paris, *art.* 120, décide que la faculté de racheter la rente, qui naît de la clause portée au bail, se prescrit par trente ans entre âgés et non privilégiés. Notre Coutume d'Orléans, *art.* 209, a une semblable disposition. C'est un droit général qui a lieu dans les Coutumes qui ne s'en sont pas expliquées. La raison est, que cette faculté ne naît que de l'obligation personnelle qu'a contractée, par le contrat, le bailleur, de souffrir le rachat de la rente, et que c'est une règle commune à toutes les obligations personnelles, qu'elles se prescrivent par trente ans, lorsque celui, envers qui elles sont contractées, a laissé passer ce temps sans user de son droit.

75. Lorsqu'avant le temps de la prescription accompli, un héritier du preneur a passé reconnaissance de la rente au créancier qui l'a acceptée, dans laquelle on a exprimé que la rente était créée avec faculté de rachat, le temps de la prescription est-il interrompu; et le temps de trente ans, par lequel se prescrit le droit, accordé par le bail, de racheter la rente, ne doit-il courir que du jour de cet acte de reconnaissance? La raison de douter est, que le reconnaissance de cette obligation semble en interrompre la prescription. Néanmoins, il faut décider que, nonobstant cette reconnaissance, la faculté du rachat sera prescrite, s'il ne se fait pas dans les trente années, à compter du jour du bail.

La raison est, qu'on doit distinguer entre l'obligation, qui consiste dans le fait de celui qui a contracté, et qui s'est obligé à faire quelque chose, ou à donner quelque chose à celui envers qui il l'a contractée; et celle, qui, au contraire, consiste dans quelque fait de celui envers qui l'obligation a été contractée, et que celui, qui l'a contractée, s'est obligé de souffrir. Tout acte, recognitif de la dette, interrompt la prescription des obligations de la première espèce. Par exemple, si vous vous êtes obligé envers moi de me payer une certaine somme, tout acte, par lequel votre héritier reconnaîtra être tenu de cette dette, interrompra le temps de la prescription, qui ne recommencera à courir que du jour de cet acte. La raison est, que, mon droit consistant dans le fait de mon débiteur, c'est par le fait de mon débiteur que j'use de mon droit, que je jouis de mon droit, que je possède mon droit. Je suis donc censé user de mon droit par le fait par lequel mon débiteur le reconnaît. Le temps de trente années d'une continuité de non usage de mon droit, ne peut donc courir que depuis cet acte recognitif, puisque, par cet acte de mon débiteur, j'ai usé de mon droit. Il n'en est pas de même des obligations de la seconde espèce, qui ont pour objet un fait de celui envers qui elles ont été contractées, que celui, qui les a contractées, s'est obligé de souffrir. Telle est l'obligation par laquelle l'acheteur d'un héritage s'oblige, envers le vendeur, à souffrir le réméré que le vendeur pourra faire sans limiter aucun temps. Telle est, dans l'espèce présente, l'obligation par laquelle celui, qui m'a baillé un héritage à rente, s'oblige, envers moi, à souffrir le rachat que j'en voudrai faire. Le droit, qui résulte d'une telle obligation, consistant à faire ce que celui, envers qui l'obligation a été contractée, a stipulé qu'il pourrait faire, il ne peut être censé user de son droit qu'en le faisant. C'est pourquoi, si le preneur, à qui le bailleur avait accordé le droit de racheter la rente, a laissé passer trente années, depuis le bail, sans faire le rachat, il est vrai de dire qu'il n'a pas usé de son droit pendant ledit temps, et qu'il l'a perdu, *non utendo*.

76. Observez que la Coutume de Paris, en l'article 120 ci-dessus cité, dit, *entre âgés et non privilégiés*. Par ces termes *entre âgés*, elle avertit que la prescription contre le droit qui a été accordé au preneur, de racheter la rente, ne court point pendant sa minorité, ni pendant celle de ses successeurs, de même que la prescription ne court point contre tous les autres droits qui appartiennent aux mineurs. Voyez notre *Introduction sur le Titre des Prescriptions de la Coutume d'Orléans*, *sect.* 2, *art.* 3, *n.* 40 *et suiv.*

Par les termes *et non privilégiés*, elle avertit que, lorsque le droit n'appartient pas à des particuliers, mais à des corps ou à l'Église, le temps de la prescription n'est pas de trente ans, mais de quarante. Voyez notre *Introduction*, *ibid.*

Nous avons suffisamment établi que l'énonciation de rente rachetable dans une reconnaissance, n'avait pas l'effet de proroger le temps de la prescription de la faculté de rachat accordée au débiteur par le bail. M. Vaslin, dans son Commentaire sur la Coutume de La Rochelle, convient de ce principe, et que cette énonciation, en ce cas, n'a d'autre sens, sinon que la rente est rachetable pendant le temps qui reste à courir depuis le bail; mais il prétend que, si la

reconnaissance n'a été passée qu'après l'accomplissement du temps de la prescription de la faculté de rachat, accordée par le bail, l'énonciation de rente *rachetable* contient une nouvelle faculté de rachat, que le créancier de la rente doit être censé, par cet acte, avoir accordée au débiteur; cette énonciation de *rachetable* ne pouvant, en ce cas, avoir d'autre sens. Je ne suis pas de son avis. L'énonciation de *rachetable*, copiée par le notaire sur les titres de la rente, d'après lesquels il a dressé son acte de reconnaissance, ne me paraît pas suffisante pour établir la concession d'une nouvelle faculté de rachat. Un créancier ne doit pas être facilement présumé avoir voulu, sans aucune nouvelle cause, accorder un nouveau droit contre lui au débiteur de la rente; *Nemo facilè donare præsumitur;* et, d'ailleurs, il est de la nature des actes de reconnaissance, de ne contenir autre chose que la reconnaissance du droit, tel qu'il a été créé par le titre constitutif, et non de contenir de nouvelles conventions. C'est pourquoi, on ne doit donner à cette énonciation de *rachetable*, d'autre sens, sinon que la rente a été créée sous la faculté de rachat; et que, dans le cas auquel le débiteur pourrait justifier, qu'il y a eu un temps de minorité qui aurait suspendu et empêché l'accomplissement du temps de la prescription de la faculté de rachat (ce qui n'a pas été discuté lors de la reconnaissance), il pourrait la racheter pendant le temps qui en resterait.

§ VI. EN QUOI CONVIENNENT SUR LE RACHAT LES RENTES FONCIÈRES RACHETABLES, AVEC LES RENTES CONSTITUÉES.

77. Presque tout ce que nous avons dit au chapitre 7 de notre Traité du Contrat de Constitution de rente, sur ceux à qui le rachat d'une rente pouvait se faire, sur la question si le rachat peut se faire par partie, sur l'effet du rachat partiel, sur l'obligation de payer les arrérages avant que d'être reçu au rachat, sur les différentes manières de faire le rachat par un paiement réel, reçoit application au rachat des rentes foncières. Nous y renvoyons, pour ne pas répéter.

§ VII. DIFFÉRENCE DES RENTES FONCIÈRES ET DES CONSTITUÉES SUR LE RACHAT.

78. La principale différence, sur la faculté de rachat, entre les rentes foncières, et les rentes constituées à prix d'argent, est, qu'à l'égard de celles-ci, la faculté de rachat étant de l'essence du contrat de constitution de rente, elle est imprescriptible. Au contraire, la faculté de racheter une rente foncière, étant un droit qui résulte d'une convention, qui n'est qu'accidentelle dans le bail à rente, et qui est étrangère à la nature de ce contrat, elle est sujette à la prescription ordinaire de trente ans, à laquelle sont sujets tous les droits, qui résultent des conventions particulières, lorsque celui, à qui le droit appartient, ne l'a pas exercé pendant le temps prescrit par la loi, comme nous l'avons vu *suprà*, § 5 *de cette seconde section*.

Les prescriptions étant de droit public, il n'est pas au pouvoir des parties d'y déroger, en convenant que le preneur aura la faculté à *toujours* de racheter la rente, ou en convenant qu'il l'aura pendant un temps plus long que celui de la prescription légale: *Jus publicum privatorum pactis mutari non potest; l.* 38, ff. *de pact. Privatorum conventio juri publico non derogat; l.* 45, § ff. *de Reg. J.*

La convention, par laquelle on est convenu que le preneur aurait la faculté de racheter la rente pendant cinquante ans, ne peut, à la vérité, empêcher l'effet de la prescription légale de trente ans: mais cette convention, qui est nulle à cet égard, peut avoir effet, dans le cas auquel la prescription légale de trente ans aurait été arrêtée par des minorités, et ne se trouverait pas encore accomplie, lors de l'expiration de cinquante ans; car, en ce cas, la prescription conventionnelle, qui résulte de l'expiration du temps, ferait déchoir le preneur et ses successeurs de la faculté de rachat, les prescriptions conventionnelles n'étant pas arrêtées par les minorités; en quoi elles diffèrent des légales. Voyez notre *Traité du Contrat de Vente, n.* 434, 435 *et* 436.

Une autre différence entre le rachat des rentes constituées, et le rachat des rentes foncières, concerne les différens pactes sur les conditions du rachat. Les principes, sur celui des rentes foncières doivent être très différens de ceux que nous avons établis sur celui des rentes constituées à prix d'argent. Le rachat étant de l'essence de celles-ci, qui ne peuvent être licitement constituées que sous la faculté du rachat, nous avons établi pour principe, que toutes conventions, qui tendaient à diminuer ou à gêner la faculté, que le débiteur doit avoir de les racheter pour le prix qu'elles ont été constituées, sont nulles. Au contraire, la faculté de racheter les rentes créées par le bail d'héritage, n'étant pas de la nature du contrat, cette faculté pouvant n'être pas accordée, le bailleur peut, lorsqu'il l'accorde, y apposer telles conditions que bon lui semble. Par exemple, quelque immense que soit la somme, pour laquelle on est convenu que la rente, créée par un bail d'héritage, pourrait se racheter, quoique cette somme surpasse du double ou du triple, et de plus encore, la valeur de la rente ou de l'héritage, la conven-

tion est valable : elle ne fait aucun tort au preneur, qui est le maître de ne pas user de la faculté qui lui est accordée à ces conditions, et qui ne peut pas se plaindre qu'elle lui est accordée sous des conditions trop dures, puisqu'on pouvait, sans injustice, ne la lui point accorder du tout.

Suivant ce principe, les conventions, par lesquelles on accorderait la faculté de rachat, à la charge qu'il ne pourrait se faire qu'en une certaine monnaie, à la charge que le débiteur serait obligé d'en avertir le créancier de la rente, avant que de le faire, et autres semblables, sont valables.

ARTICLE II.

De la clause par laquelle, dans le bail à rente d'un héritage féodal, le bailleur se charge de la foi.

79. La clause, par laquelle le bailleur se charge de la foi et des devoirs seigneuriaux envers le seigneur de qui relève l'héritage baillé à rente, est aussi une clause apposée en faveur du preneur. Plusieurs Coutumes, du nombre desquelles est notre Coutume d'Orléans, permettent cette clause dans les baux à rente : on l'appelle *un jeu de fief*. Voyez ce que nous en avons dit en notre *Introduction au Titre des Fiefs de la Coutume d'Orléans, chap.* 8, *art.* 2; et dans notre note sur l'*art.* 7 du même titre de ladite Coutume.

Observez que les baux, qui sont faits avec cette clause, ne sont pas de simples baux à rente foncière : le bailleur, qui se charge de porter la foi, est censé se retenir la seigneurie de l'héritage, ne pouvant être qu'en cette qualité reçu à porter la foi. En conséquence, la rente, créée par le bail, n'est pas une simple rente foncière, mais une rente seigneuriale et recognitive de la seigneurie qu'il s'est retenue.

CHAPITRE V.

Des droits tant des créanciers de rentes foncières, que des possesseurs d'héritages, chargés de rentes foncières; et des charges auxquelles les uns et les autres sont sujets.

80. Dans un simple bail à rente, le droit de rente foncière, que le bailleur se retient, par le bail, dans l'héritage baillé à rente, n'est qu'un simple droit foncier qu'il se retient dans l'héritage, qui ne renferme pas la seigneurie de cet héritage; elle est, par le bail, transférée au preneur. C'est pourquoi c'est *abusivè* et improprement, que, dans nos Coutumes, les créanciers de rente foncière sont appelés *seigneurs de rente foncière*.

Les créanciers de rentes foncières ont différentes actions contre les possesseurs des héritages sujets à leurs rentes; ils ont des droits sur les fruits desdits héritages, et sur les meubles qui s'y trouvent, semblables à ceux qu'ont les locateurs de maisons et de métairies, pour les loyers et les fermes; enfin, ils sont sujets à certaines charges : c'est ce que nous allons expliquer en trois articles.

Nous traiterons, dans un quatrième, du droit des propriétaires ou possesseurs des héritages chargés de rentes foncières.

ARTICLE PREMIER.

Des différentes actions, qu'ont les créanciers de rentes foncières, contre les possesseurs des héritages sujets à leurs rentes.

81. Loyseau, en son *Traité du Déguerpissement, liv.* 2, *chap.* 10, *n.* 9, a fort bien observé que les créanciers de rentes foncières ont trois espèces d'action contre les possesseurs des héritages sujets à leurs rentes : savoir, l'action personnelle, l'action hypothécaire, et une troisième espèce d'action qu'il appelle *action mixte*.

§ I. DE L'ACTION PERSONNELLE.

82. Les créanciers de rentes foncières ont une action personnelle, non seulement contre le preneur et ses héritiers, mais même contre les tiers détenteurs qui ont acquis à la charge de la rente, ou du moins qui en ont eu connaissance, et contre leurs héritiers, pour le paiement des arrérages de la rente courus pendant le temps

de leur possession, ou de celle de ceux dont ils sont héritiers.

83. Il est évident que cette action contre le preneur et ses héritiers, naît de la clause, portée dans le bail à rente, par laquelle le preneur s'est obligé à payer la rente tant qu'il posséderait l'héritage.

84. A l'égard du tiers détenteur, l'obligation de ce tiers détenteur, d'où naît cette action, vient d'un quasi-contrat, par lequel ce tiers détenteur, en possédant l'héritage, qu'il savait être sujet à la rente, est censé s'être obligé envers celui, à qui la rente était due, à la lui payer pendant qu'il posséderait l'héritage.

Ce quasi-contrat est censé intervenir, non seulement lorsque la charge de la rente a été expressément déclarée dans le contrat d'acquisition de ce tiers détenteur, mais même, lorsqu'après avoir acquis l'héritage, sans que la charge de la rente lui ait été déclarée, il apprend, par la suite, cette charge : car, dès qu'il l'apprend, l'équité ne permet pas qu'il continue de le posséder, sans se soumettre à la charge et à la prestation de la rente, et elle forme, en conséquence, le quasi-contrat qui l'oblige à la payer tant qu'il possédera l'héritage.

85. La Coutume de Paris, *art.* 99, reconnaît cette obligation. Il y est dit : « Les détenteurs « et propriétaires d'héritages chargés de cens et « rentes, etc., sont tenus PERSONNELLEMENT de « payer icelles charges à ceux à qui dues sont, « et les arrérages échus de leur temps, tant et « si longuement que desdits héritages ou de « partie ils seront possesseurs. »

86. Lorsque le tiers détenteur, qui est déjà, *ex quasi contractu*, débiteur personnel de la rente, en passe titre nouvel, il ajoute à l'obligation qui naît *ex quasi contractu*, celle qui naît du contrat que le titre nouvel renferme : mais celle-ci n'ajoute rien à la première ; le créancier acquiert seulement, par cet acte, les droits d'hypothèque et autres, qui résultent des actes passés devant notaires.

87. Cette obligation, soit du preneur, soit du tiers détenteur, de payer les arrérages de la rente, pendant le temps qu'il posséderait l'héritage, étant une obligation de la personne, elle passe à tous les héritiers ; et l'action personnelle, qui en naît pour les arrérages courus pendant le temps de la possession du défunt, a lieu contre chacun desdits héritiers, même contre ceux qui ne succèdent pas à l'héritage sujet à la rente, lesquels en sont tenus personnellement, chacun pour la part de laquelle ils sont héritiers ; et si le défunt était obligé à la rente par un acte pardevant notaires, ou y avait été condamné, et qu'ils possédassent des immeubles dépendans de sa succession, ils en seraient, en outre, tenus hypothécairement pour le total, comme bientenans.

88. A l'égard des arrérages courus depuis la mort du défunt, il n'y a que ceux de ses héritiers, qui succèdent à l'héritage sujet à la rente, qui en soient tenus : ceux qui n'y ont pas succédé, et qui n'en possèdent aucune partie, n'en sont pas tenus ; car le défunt n'en était lui-même tenu que pour le temps qu'il posséderait l'héritage. Mais ceux des héritiers, qui ont succédé à l'héritage, en sont tenus, quelque petite que soit la partie pour laquelle ils ont succédé à l'héritage ; ils en sont même tenus pour le total ; car ce n'est pas seulement *ex personâ defuncti*, et en qualité d'héritiers, qu'ils en sont tenus, mais *ex propriâ personâ*, et comme possesseurs d'une partie de l'héritage sujet à la rente. Or, l'héritage était non seulement dans sa totalité, mais dans chacune de ses parties, sujet à la totalité de la rente, comme nous l'avons vu *suprà, n.* 14 *et* 15, il s'ensuit que chacun d'eux est tenu personnellement du total de la rente.

89. Chacun de ceux, qui sont tenus de cette action personnelle, en est tellement tenu pour le total des arrérages courus pendant sa détention, quelque petite que soit la part qu'il ait dans l'héritage baillé à rente, qu'étant poursuivi pour le total, il ne peut pas même opposer l'exception de division.

Il peut seulement exiger, qu'en payant le total, le créancier le subroge en tous ses droits et actions contre tous les autres détenteurs. De là naît la question, si, ayant acquis cette subrogation en payant le total, je puis exercer les actions du créancier, pour le total, contre chacun des autres détenteurs, déduction faite seulement de la part que je dois contribuer, eu égard à la part que j'ai dans l'héritage baillé à rente, ou si je ne puis les exercer, contre chacun d'eux, que pour la part qu'il possède dudit héritage. Cette question est semblable à celle que nous avons agitée en notre *Traité des Obligations, n.* 281, à l'égard des débiteurs solidaires. La même raison, qui nous y a fait décider que l'un des débiteurs solidaires ne pouvait pas exercer, pour le total, sa portion seulement confuse, contre chacun de ses codébiteurs, les actions du créancier auxquelles il s'était fait subroger, doit nous faire pareillement décider ici, que je ne puis pas exercer solidairement les actions du créancier de rente foncière, ma portion seulement confuse, contre chacun des autres détenteurs, mais seulement pour la part qu'il a dans l'héritage. La raison est, qu'autrement, il se ferait un cercle vicieux d'actions, comme nous l'avons fait voir au même endroit, où nous renvoyons, pour ne pas répéter.

Observez que, s'il y avait quelque partie de l'héritage, sur qui je ne pusse recouvrer la part

pour laquelle elle eût dû contribuer à la rente, soit parce qu'elle n'existe plus, ou qu'elle a été abandonnée, ou que les détenteurs de cette part sont insolvables, j'ai droit de demander aux détenteurs des autres parties, que cette caducité se répartisse entre eux et moi, à proportion des parts que chacun a dans l'héritage baillé à rente; et, qu'en conséquence, chacun d'eux soit tenu de me rembourser, outre la part qu'il doit de son chef, celle qu'il doit porter de la caducité. Cela est conforme aux principes que nous avons établis en notre *Traité des Obligations*, au même endroit.

§ II. DE L'ACTION HYPOTHÉCAIRE.

90. Le créancier de la rente foncière ne peut demander, par l'action personnelle, au possesseur de l'héritage sujet à la rente foncière, que les arrérages courus pendant le temps de sa possession, ou pendant le temps de la possession de ceux dont il est héritier. Il ne lui peut demander ceux courus pendant le temps de la possession des précédens possesseurs dont il n'est ni héritier, ni successeur à titre universel; car n'étant ni leur héritier, ni leur successeur à titre universel, ce possesseur ne leur a pas succédé à la dette de ses arrérages. Mais si le créancier n'a pas, contre le possesseur, l'action personnelle, pour les arrérages qui ont précédé sa possession, il a contre lui, pour raison desdits arrérages, une autre action, qui est une espèce d'action hypothécaire.

Cette action naît de l'affectation de l'héritage au paiement de ces arrérages. L'héritage, sujet à la rente foncière, étant proprement le débiteur de la rente dont il est chargé, c'est une suite qu'il soit affecté au paiement de tous les arrérages qui en sont dus.

91. De cette affectation naît une action que Loyseau appelle *action hypothécaire*, parce qu'elle est semblable à l'action qui naît de l'hypothèque, et qu'elle est donnée aux fins que le possesseur soit tenu de payer les arrérages de la rente, au paiement desquels l'héritage est affecté, si mieux il n'aime le délaisser.

Cette action a quelque chose de plus que la simple action hypothécaire, en ce que le créancier de la rente foncière, qui intente cette action, ne peut être renvoyé par le possesseur de l'héritage, à discuter les précédens possesseurs ou leurs héritiers, qui sont personnellement tenus de la dette desdits arrérages; au lieu que, dans le cas d'une simple hypothèque, le possesseur de l'héritage hypothéqué peut renvoyer le créancier à discuter les débiteurs personnels. La raison de différence est, que le droit de simple hypothèque n'est qu'un droit accessoire à la créance personnelle. Ce n'est pas proprement par l'héritage hypothéqué que la dette, à laquelle il est hypothéqué, est due; au lieu que l'héritage, chargé d'une rente foncière, est proprement le débiteur des arrérages au paiement desquels il est affecté.

Le possesseur a seulement le droit de requérir la subrogation aux actions du créancier, contre les précédens possesseurs ou leurs héritiers; et, s'il avait omis de la requérir, il aurait, de son chef, contre eux, l'action *negotiorum gestorum*, comme ayant payé pour eux leur dette personnelle.

92. Le créancier de rente foncière est quelquefois obligé d'avoir recours à cette action hypothécaire, même pour les arrérages courus pendant le temps de la possession du tiers détenteur; c'est lorsque ce tiers détenteur est un possesseur de bonne foi, qui a ignoré la charge de la rente foncière : car ce possesseur n'est point tenu des arrérages de cette rente qu'il ignorait, quoique courus durant le temps de sa possession : il ne peut être censé s'être soumis à la prestation d'une rente qu'il ignorait, ni, par conséquent, avoir contracté l'obligation de la payer. C'est la connaissance qu'a de la rente le tiers détenteur, qui forme le quasi-contrat, d'où naît l'obligation de la payer. On ne peut plus induire de cette obligation, qu'il a perçu les fruits de l'héritage, dont il n'avait le droit de jouir, que sous la déduction de la rente dont l'héritage était chargé : car, ayant possédé l'héritage, comme quelque chose qu'il croyait de bonne foi lui appartenir franchement et sans aucunes charges, il a eu le droit qu'ont les possesseurs de bonne foi, de percevoir tous les fruits de la chose, quoiqu'elle ne leur appartienne pas.

Mais si le créancier de la rente foncière n'a pas, en ce cas, l'action personnelle contre ce possesseur, il a contre lui l'action hypothécaire, pour tous les arrérages qui ont couru pendant le temps que le possesseur ignorait de bonne foi la rente : car si son ignorance et sa bonne foi l'empêchaient d'être personnellement débiteur de la rente, elle n'en est pas moins due : c'est l'héritage qui la devait et qui y est affecté ; il doit donc en payer, ou délaisser l'héritage.

§ III. DE L'ACTION MIXTE.

93. Outre l'action personnelle, qu'a le créancier de la rente foncière contre le possesseur de l'héritage chargé de la rente, pour le paiement des arrérages courus pendant le temps de sa possession, et l'action hypothécaire qu'il a contre lui pour le paiement de ceux courus avant sa possession, il a encore une troisième action contre le possesseur, aux fins qu'il soit

condamné à passer titre nouvel de la rente, et à la continuer à l'avenir.

C'est cette troisième action que Loyseau appelle *action mixte*. Elle est principalement action réelle : car l'objet de cette action est de réclamer un droit réel; savoir, le droit de rente foncière que le demandeur a dans l'héritage; et cette action suit l'héritage, et s'intente contre celui qui se trouve en être le possesseur. Elle tient néanmoins quelque chose de l'action personnelle, en ce que les conclusions de cette action sont dirigées contre la personne. Le demandeur conclut contre le défendeur *eum dare oportere*, à ce qu'il soit tenu de continuer la rente : ces conclusions sont celles des actions personnelles.

94. Cette action se cumule ordinairement avec les précédentes, par un même exploit de demande : car le créancier de rente foncière, qui assigne le possesseur de l'héritage sujet à la rente, aux fins qu'il soit tenu de lui passer titre nouvel de la rente, et de la lui continuer tant qu'il sera possesseur de l'héritage, conclut aussi ordinairement, par le même exploit contre lui, à ce qu'il soit condamné de lui payer tous les arrérages qui en sont échus, ce qui renferme l'action personnelle à l'égard de ceux échus durant le temps de sa possession, et l'hypothécaire, s'il y en a de dus avant le temps de sa possession.

95. Cette action se donne contre tous les nouveaux propriétaires ou possesseurs de l'héritage sujet à la rente foncière, qui ont succédé au preneur, soit à titre universel, soit à titre singulier, médiatement ou immédiatement, et qui n'ont pas encore passé au créancier un nouveau titre de reconnaissance de la rente.

Comme le droit d'exécution, que les actes, passés devant notaires, donnent aux créanciers sur les biens de leurs débiteurs, pour se faire payer de leurs créances, ne passe pas la personne qui a passé l'acte, suivant cette règle du droit français, *Toutes exécutions cessent par la mort de l'obligé;* cette action est nécessaire au créancier de la rente foncière, contre tous les nouveaux propriétaires et possesseurs de l'héritage sujet à la rente, pour qu'il ait contre eux un titre qui lui donne le droit d'exécution sur leurs biens, et qui le mette, par ce moyen, en état de se faire servir et payer par eux de sa rente.

96. L'article 99 de la Coutume de Paris comprend tous ceux qui sont tenus de cette action par ces termes, *les détenteurs et propriétaires*. Ces termes doivent se prendre conjointement : il ne suffit pas, pour être tenu de cette action, d'être *propriétaire* de l'héritage sujet à la rente, si on ne le possède. Le propriétaire de cet héritage, qui en a laissé usurper la possession par un autre, n'est pas sujet à cette action, jusqu'à ce qu'il l'ait recouvrée.

Observez que la saisie réelle de l'héritage, faite par les créanciers du propriétaire, et le bail judiciaire, fait en conséquence par le commissaire, n'empêchent pas ce propriétaire d'être possesseur de l'héritage jusqu'à l'adjudication, et d'être, en conséquence, tenu de cette action. Le bail judiciaire empêche seulement ce propriétaire d'en jouir par ses mains : mais il n'en est pas moins possesseur de l'héritage; et même il en jouit par les mains du commissaire, qui en emploie les revenus au paiement de ses dettes.

Pareillement, la saisie féodale de l'héritage, sujet à la rente foncière, n'empêche pas le propriétaire d'être sujet à cette action. Cette saisie n'est censée le déposséder que vis-à-vis du seigneur. Il est, vis-à-vis de tous les autres, réputé le posséder, d'autant qu'il ne tient qu'à lui d'en jouir, en portant la foi quand il voudra.

97. *Vice versâ*, il ne suffit pas, pour être tenu de cette action, d'être *détenteur* de l'héritage sujet à la rente. Ceux, qui en sont détenteurs pour un autre, tels que sont les fermiers et locataires, n'en sont pas tenus; et, lorsque cette action est intentée contre eux, ils doivent, en indiquant la personne, de qui ils tiennent l'héritage à loyer ou à ferme, être mis, sur la demande, hors de Cour. Il faut pour être tenu de cette action, être détenteur de l'héritage pour soi-même. C'est ce que l'article de la Coutume a voulu faire entendre en ne disant pas seulement *les détenteurs*, mais ajoutant *et propriétaires*.

98. Au reste, ce terme de *propriétaires*, que la Coutume n'a ajouté que pour exclure les locataires et fermiers, ne doit pas être pris strictement. Le mari, quoiqu'il ne soit pas proprement propriétaire des propres de sa femme, est sujet à cette action.

Quand même, une femme, avant son mariage, aurait reconnu la rente, le mari n'en serait pas moins tenu de passer un nouveau titre de reconnaissance de la rente; et le créancier pourrait, par cette action, l'exiger de lui.

99. Il peut pareillement l'exiger d'un simple usufruitier.

En cela, un usufruitier est différent d'un fermier, contre qui cette action ne peut être intentée, comme nous l'avons vu *suprà :* ce qui a lieu, quand même, par le bail à ferme qui lui a été fait, il aurait été chargé d'acquitter la rente. La raison de différence est, que l'usufruitier ayant véritablement le droit de jouir de l'héritage pour lui, *et proprio nomine*, il est aussi véritablement le débiteur de la rente dont l'héritage est chargé. Au contraire, ce n'est pas proprement en fermier qu'appartient la jouissance de l'héritage qu'il tient à ferme, c'est à son maître de qui il le tient. S'il jouit de l'héri-

tage, ce n'est pas *proprio nomine*, c'est pour son maître, à qui en appartient véritablement la jouissance, et qui en jouit effectivement par les fermes qu'il reçoit. La dette de la rente foncière, qui est une charge de la jouissance de l'héritage, n'est donc pas la dette du fermier, à qui cette jouissance n'appartient pas; c'est la dette de celui de qui il tient l'héritage, et à qui la jouissance appartient; et lorsque le fermier est chargé, par son bail, d'acquitter la rente, ce n'est pas sa propre dette, mais celle de son maître qu'il est tenu d'acquitter.

100. Quoique l'usufruitier de l'héritage, chargé de rente foncière, soit tenu de cette action, aux fins de passer titre nouvel de la rente, celui, qui n'en a que la nue propriété, ne laisse pas d'en être pareillement tenu; mais il doit être acquitté de la prestation des arrérages par l'usufruitier. La raison est, que la rente foncière n'est une charge de la jouissance de l'héritage, que parce qu'elle est une charge de l'héritage même: c'est pourquoi, il suffit que ce propriétaire soit possesseur de l'héritage, quoiqu'il ne le possède que détaché de l'usufruit, pour qu'il soit tenu de la rente dont l'héritage est chargé; sauf à lui à s'en faire acquitter par l'usufruitier.

101. Il n'est pas douteux que celui, qui possède un héritage comme s'en portant pour le propriétaire, quoiqu'il ne lui appartienne pas, est tenu de cette action, et qu'il est obligé de passer titre nouvel de la rente funcière dont l'héritage est chargé; car il a la jouissance de l'héritage, et il est même réputé le propriétaire, jusqu'à ce qu'il ait été obligé de le délaisser au véritable propriétaire.

102. Le seigneur de fief, qui tient en sa main, par la saisie féodale, le fief de son vassal, n'est point tenu des rentes foncières dont l'héritage est chargé, si elles n'ont été inféodées ou consenties par le seigneur, comme nous l'avons vu en notre *Introduction au Titre des Fiefs de la Coutume d'Orléans, n.* 64. La raison est, que son droit, dans l'héritage, est plus ancien que celui de ceux qui y ont des rentes foncières, et que, ne tenant pas de ses vassaux le droit qu'il a dans l'héritage, il n'est pas tenu des charges qu'ils y ont imposées.

ARTICLE II.

Des autres droits des créanciers de rentes foncières.

103. Outre les trois actions dont nous avons traité en l'article précédent, les créanciers de rentes foncières ont plusieurs autres droits semblables à ceux des locateurs de maisons et de métairies. Il y a néanmoins une distinction à faire. Lorsque l'héritage, sujet à la rente, est affermé, le créancier de rente foncière ne peut exercer aucun droit sur les meubles du locataire ou fermier qui y sont, ni sur les fruits: il peut seulement arrêter les fermes et loyers, sur lesquels il est préféré aux autres créanciers de son débiteur. En cela, il a moins de droit que les locateurs. La raison de différence est, que celui, qui prend un héritage à loyer ou à ferme, est plus à portée de savoir que celui, de qui il le prend, n'en est lui-même que locataire, qu'il n'est à portée de savoir que l'héritage est chargé de rente.

Lorsque c'est le débiteur de la rente foncière qui jouit par lui-même de l'héritage, le créancier a, en ce cas, de même qu'un locateur, 1° une espèce de droit de gage sur les fruits nés de l'héritage chargé de la rente, et sur les meubles qui en occupent les logis, lequel droit se perd, lorsque ces choses ont été transportées hors de l'héritage, si le créancier n'en a pas poursuivi le rétablissement dans le court délai qui lui est accordé, et dont nous parlerons *infrà*.

Ce droit, de même que celui du locateur, s'étend à tous les meubles qui servent à l'exploitation de la maison ou métairie, sujette à la rente foncière, quand même ils n'appartiendraient pas au débiteur de la rente. Les textes des Coutumes, sur lesquels est fondée cette extension, joignent aux seigneurs d'hôtel ou de métairie les seigneurs de rente foncière; *voyez*, sur les meubles sujets à ce droit, *ce que nous en avons dit en notre Traité du Contrat de Louage, part.* 4, *ch.* 1, *art.* 1, § 3 *et suiv.*

104. 2° Une suite de ce droit est, que le créancier de rente foncière est, pour les arrérages qui lui sont dus de sa rente foncière, et pour toutes les obligations résultantes du bail, préféré, sur lesdits fruits et meubles, à tous les autres créanciers de son débiteur, de même que le locateur.

Ce principe reçoit néanmoins exception à l'égard de quelques créances qui passent avec celles des seigneurs d'hôtel, de métairie et de rente foncière; voyez *ce que nous en avons dit en notre Traité du Contrat de Louage, part.* 1, *ch.* 1, *art.* 2.

105. 3° C'est aussi une suite de ce droit, que, lorsque les fruits et les meubles, qui étaient dans l'héritage sujet à la rente, en ont été déplacés, le seigneur de rente foncière a, comme les locateurs de maisons et métairies, le droit de les suivre et de les faire rétablir pour sa sûreté. Ce que nous avons dit en notre *Traité du Contrat de Louage, part.* 4, *ch.* 1, *art.* 3, de ce droit de suite, peut s'appliquer aux seigneurs de rente foncière; sauf que ce qui est dit à la fin de cet article, du droit qu'ont les locateurs de s'opposer à la saisie des effets du locataire ou fermier,

et d'en obtenir main-levée, si le saisissant ne veut se charger de l'entière exécution du bail, ne me paraît pas devoir s'étendre aux créanciers de rente foncière.

106. 4° Enfin, le créancier de rente foncière, quoiqu'il n'ait pas de titre exécutoire contre le possesseur de l'héritage chargé de la rente foncière, qui ne lui a pas encore passé de reconnaissance, peut, dans notre Coutume d'Orléans, de même que les locateurs de maisons et de métairies, procéder par voie d'exécution sur les fruits et meubles qui sont dans l'héritage, pour trois termes échus de sa rente foncière; *art.* 406. Dans la Coutume de Paris, les créanciers de rente foncière, qui n'ont pas de titre exécutoire, n'ont, de même que les locateurs, que la voie d'arrêt; *voyez*, sur ce droit, *ce que nous en avons dit en notre Traité du Contrat de Louage, part.* 4, *ch.* 1, *art.* 4.

ARTICLE III.

Des charges de l'héritage, auxquelles est tenu de contribuer le créancier de rente foncière.

107. Le droit de rente foncière étant une espèce de démembrement de l'héritage, que le bailleur ne transfère, par le bail, au preneur, que sous la déduction du droit de rente qu'il y retient, on peut dire que la propriété de l'héritage se trouve, en quelque sorte, partagée entre le preneur ou ses successeurs, qui ne l'ont que sous la déduction de la rente, et le bailleur ou ses successeurs créanciers de la rente, à qui elle appartient pour le surplus. De là, il suit que le créancier de la rente doit contribuer avec le preneur ou ses successeurs propriétaires de l'héritage, aux charges et aux impositions extraordinaires qui sont faites sur l'héritage, et qu'il en doit supporter une partie proportionnée à sa rente, à moins qu'il n'y eût, par le bail, une clause particulière qu'on a coutume d'y insérer, qui porte que la rente sera payée franchement de toutes charges et impositions.

Loyseau, *liv.* 1, *chap.* 10, *n.* 11, fait néanmoins, à cet égard, une distinction très judicieuse entre les impositions qui tournent en pure charge et pure perte, et celles qui tournent au profit et à l'augmentation de l'héritage.

A l'égard des premières, Loyseau convient que le créancier de rente foncière y doit contribuer. Telles sont les tailles d'église, qui s'imposent sur tous les héritages d'une paroisse, pour les réparations qui sont à faire à l'église paroissiale ou au presbytère.

Ces taxes sont portées pour un tiers par les paroissiens en leur qualité de paroissiens, soit qu'ils soient propriétaires, soit qu'ils tiennent à loyer les maisons où ils demeurent. A l'égard du surplus, il doit être porté, tant par le propriétaire ou possesseur de l'héritage, que par le créancier de rente foncière, qui doivent chacun y contribuer, l'un, pour son droit de rente foncière, l'autre, pour ce que l'héritage vaut de plus que la rente. Cette taxe ne tournant point au profit du propriétaire de l'héritage, ne doit point, suivant notre principe, être portée par lui seul.

Il en serait autrement d'une taxe, qui serait imposée sur les héritages voisins d'un grand chemin, pour les réparations du chemin. Elle tourne au profit du propriétaire de l'héritage, qui, par la facilité que la réparation du chemin procurera pour l'exportation des fruits de ses héritages, en retirera un plus grand revenu, au lieu que la rente foncière n'en augmentera pas. Cette taxe doit donc, suivant notre principe, être portée par le seul propriétaire de l'héritage.

108. A l'égard des droits seigneuriaux, lorsque l'héritage, baillé à rente foncière, est en fief, si le bailleur ne s'est pas retenu, par une clause expresse du bail, la directe de l'héritage, et la charge d'en porter la foi, le preneur devient, en sa qualité de propriétaire de l'héritage qui lui a été baillé à rente, le vassal et l'homme du seigneur, de qui relève en fief l'héritage, et il doit lui payer le profit de rachat pour le bail; et ses successeurs sont à l'avenir tenus des devoirs seigneuriaux, et des profits dus par les mutations, sans que le bailleur, ni ses successeurs créanciers de la rente foncière, soient tenus de rien envers le seigneur, pour raison de la rente qui a été retenue.

Lorsque l'héritage, baillé à rente, est en censive, c'est le preneur propriétaire ou possesseur de l'héritage et ses successeurs, qui sont seuls chargés de payer les cens annuels; le créancier de rente foncière n'est pas tenu d'y contribuer.

109. A l'égard des droits de vente, dont l'héritage est chargé envers le seigneur de censive, en cas de vente, la charge de ces droits se partage de cette manière entre les successeurs du preneur, qui sont les propriétaires de l'héritage, et le créancier de la rente foncière. Toutes les fois que la rente est vendue à un tiers, la vente donne ouverture au profit de vente, pour le prix que la rente a été vendue; et toutes les fois que l'héritage est vendu, il y a ouverture au profit de vente pour le prix seulement qu'il est vendu, outre et par-dessus la charge de la rente; *Paris, art.* 87; *Orléans, art.* 109.

110. Il en est autrement dans nos censives à droit de relevoison à plaisir dans la ville d'Orléans. Le profit censuel, qu'on appelle *relevoison à plaisir*, pour lequel est dû au seigneur le revenu de l'année, et qui est dû à toutes mutations, même par succession en ligne directe,

n'est dû que par les mutations qui arrivent du côté de celui au nom duquel se paie le cens. Mais le créancier de la rente foncière, et le propriétaire de la maison chargée de cette rente, contribuent à ce profit, chacun pour la part qu'il a dans le revenu.

Par exemple, si le bail à rente a été fait d'une maison à quelqu'un, pour 50 livres de rente, sans autre clause, le preneur ou ses successeurs à l'héritage baillé à rente, étant, en ce cas, ceux au nom desquels doit se payer le cens, les profits de relevoison seront dus, lorsqu'il arrivera mutation dans les propriétaires de l'héritage. Il n'en sera pas dû pour les mutations qui arriveront dans les propriétaires de la rente. Mais si, lors de la mutation arrivée du côté des propriétaires de l'héritage, la maison était louée 200 livres, et qu'en conséquence celui, qui a succédé à l'héritage, eût été obligé de payer au seigneur de censive la somme de 200 livres pour la relevoison, il pourra faire contribuer à cette relevoison le créancier de la rente foncière, jusqu'à concurrence de la rente de 50 livres, en lui opposant en compensation d'une année de sa rente, la somme de 50 livres qu'il a payée pour lui pour la relevoison. C'est ce qui résulte de l'art. 130 de notre Coutume; *voyez-le et nos notes sur cet article.*

Vice versâ, si, par le bail à rente qui a été fait de l'héritage, il était porté que le cens continuerait d'être payé au nom du bailleur, les relevoisons ne seraient pas dues pour les mutations qui arriveraient dans la rente; celui, qui succéderait à la rente, ne serait néanmoins tenu du profit que jusqu'à concurrence de la rente, et le propriétaire de l'héritage serait tenu de payer ce dont le revenu de l'année excède.

Ces principes souffrent une exception dans le cas de l'article 138; *voyez-le, et nos notes.*

ARTICLE IV.

Du droit des propriétaires ou possesseurs d'un héritage chargé de rente foncière.

111. Le droit, que la tradition de l'héritage, donné à rente foncière, transfère au preneur, et qui passe à ses successeurs, soit à titre universel, soit à titre particulier, est le droit de *dominium* et de propriété de cet héritage. Le droit de rente foncière, que le bailleur s'y retient, n'est point proprement le *dominium* de l'héritage, mais un simple droit foncier.

C'est pourquoi, le propriétaire ou possesseur d'un héritage noble, chargé d'une simple rente foncière, a, non seulement l'utile, mais tout ce qu'il y a d'honorifique attaché à cet héritage; le créancier de la rente foncière, dont l'héritage est chargé, n'y participe en rien, et ne peut prétendre autre chose que le paiement de la rente qui lui est due.

En cela, le simple bail à rente foncière diffère des baux à rente seigneuriale, par lesquels le bailleur retient le domaine, tels que sont les baux à cens.

112. Le droit du preneur et de ses successeurs à l'héritage chargé de rente foncière, étant un droit de propriété, c'est une conséquence qu'ils peuvent disposer, comme bon leur semble, de l'héritage, et en changer la forme. Par exemple, ils peuvent d'une terre labourable en faire un pré; ils peuvent convertir des chambres en magasins ou en greniers. Et, en cela, le droit du propriétaire d'un héritage chargé de rente foncière, est plus fort que celui du simple usufruitier, qui ne peut changer la forme de l'héritage dont il a l'usufruit, quand même ce serait en mieux; *l.* 7, § *fin.*; *l.* 8, ff. *de usufr. et quemadmod. quis ut. fruat.*

113. Néanmoins, quoique le *dominium* renferme *jus utendi et abutendi*, un propriétaire d'héritage chargé de rente foncière ne peut le détériorer : car le preneur s'oblige, par le bail à rente, à conserver l'héritage en bon état, pour la sûreté de la rente foncière dont cet héritage est chargé, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 42. L'héritage n'étant aliéné qu'à cette condition, il est affecté à l'exécution de cette obligation, et les successeurs du preneur, quoiqu'ils n'y aient succédé qu'à titre singulier, ne sont propriétaires de l'héritage qu'à cette charge.

C'est sur ce principe, que notre Coutume d'Orléans, *art.* 490, décide que le propriétaire d'un héritage peut être empêché, par le créancier de rente foncière, d'y faire perrière, d'y fouiller et enlever des pierres, si ce n'est pour les employer sur ledit héritage, à moins que, dès le temps du bail, l'héritage ne fût un lieu destiné à faire perrière.

114. Le preneur ou ses successeurs ayant le droit de propriété de l'héritage chargé de rente foncière, c'est une conséquence qu'il est à leurs risques, selon la maxime, *Res perit domino.* C'est pourquoi, si l'héritage, par une force majeure, a souffert une diminution, comme si la rivière, dont il est voisin, en a emporté une grande partie, c'est sur eux que tombe en entier cette perte, et ils demeurent chargés de la rente sans aucune diminution, tant qu'ils continuent de posséder ce qui reste de l'héritage, comme nous l'avons déjà vu *suprà*, *n.* 15. Mais, si l'héritage était péri en entier, le droit de rente foncière périrait avec l'héritage, à moins qu'il n'y eût clause, par le bail, de la fournir et faire valoir, ou quelque autre clause semblable.

115. Par la même raison, lorsque l'héritage reçoit quelque accrue ou augmentation, quoique,

sans le fait du preneur ou de ses successeurs possesseurs de l'héritage, comme par une alluvion, cette augmentation est au profit du possesseur de l'héritage, sans que le créancier de la rente puisse y participer, et prétendre pour cela aucune augmentation de la rente.

CHAPITRE VI.

De la rescision et de la résolution du contrat de bail à rente; et de l'extinction des rentes foncières.

Nous traiterons, dans une première section, en général de la rescision et de la résolution du contrat de bail à rente. Le déguerpissement, qui est une des manières de résoudre le bail à rente, étant une matière qui mérite d'être traitée avec quelque étendue, nous en traiterons en particulier dans une seconde section. Nous parcourrons, dans une troisième section, les différentes manières dont s'éteignent les rentes foncières; et, dans la quatrième section, nous traiterons en particulier de leur prescription.

SECTION PREMIÈRE.

DE LA RESCISION ET DE LA RÉSOLUTION DU BAIL A RENTE.

§ I. DE LA RESCISION DU BAIL A RENTE.

116. Le contrat de bail à rente, de même que les autres contrats, peut être rescindé par la sentence du juge sur quelque action rescisoire, lorsqu'il s'y trouve quelque vice qui peut donner lieu à la rescision.

Sur les différens vices, qui donnent lieu à la rescision des contrats, voyez *ce que nous avons dit en notre Traité des Obligations, part.* 1, *chap.* 1, *sect.* 1, *art.* 3.

La lésion énorme, c'est-à-dire, celle qui excède la moitié du juste prix, est, dans le contrat de bail à rente, de même que dans les autres contrats commutatifs, un vice qui donne lieu à la rescision du contrat.

Ce que nous avons dit en notre *Traité du Contrat de Vente, part.* 5, *chap.* 2, *sect.* 2, *art.* 1, sur la nature de l'action rescisoire, qu'a le vendeur, en cas de lésion d'outre moitié du juste prix, contre le contrat de vente, reçoit application à l'action rescisoire, qu'a le bailleur, en pareil cas, contre le bail à rente. Nous y renvoyons.

117. Quoique nous y ayons observé, après Dumoulin, que la faculté, qu'avait un acheteur, contre qui l'action rescisoire était intentée, de se faire renvoyer de cette action, en offrant de suppléer le juste prix, ne devait pas s'étendre aux autres contrats commutatifs, néanmoins je crois qu'elle peut aussi avoir lieu à l'égard du bail à rente, et que le preneur peut être reçu à se faire absoudre de l'action rescisoire, en consentant que la rente foncière soit augmentée jusqu'à la somme, à laquelle on estimera qu'elle eût dû être équitablement portée, lors du contrat de bail à rente. Il me paraît qu'il y a même raison : mais le preneur ne devrait pas être reçu à offrir de suppléer, en une somme d'argent, le juste prix de l'héritage; car le bailleur n'a pas voulu aliéner à prix d'argent son héritage, mais par bail à rente.

118. La question si l'augmentation de rente, offerte par le preneur, pour réparer l'iniquité du bail à rente, doit avoir lieu du jour du bail, ou seulement du jour de la demande en action rescisoire donnée contre lui, doit se décider par les mêmes règles, de la même manière que nous avons décidé, en notre *Traité du Contrat de Vente*, au lieu cité, la question si l'acheteur devait les intérêts du supplément du juste prix du jour du contrat, ou seulement du jour de la demande. Nous y renvoyons.

119. Pareillement, la plupart des choses, que nous avons dites en notre *Traité du Contrat de Vente*, sur les cas auxquels le vendeur devait être admis, ou non, à cette action rescisoire, reçoit application au bailleur. Néanmoins ce que nous avons dit, que le vendeur y était admis, quoiqu'il fût justifié qu'au temps du contrat il eût une parfaite connaissance de la valeur de son héritage, ne doit pas s'étendre au bail à rente; car la raison, sur laquelle nous avons appuyé cette décision, qui est qu'il y a lieu de présumer que c'est un besoin pressant d'argent qui a porté, en ce cas, le vendeur à vendre, ne peut recevoir d'application au bailleur, à moins que, par le bail, il n'eût reçu une grosse somme de deniers d'entrée.

120. Pareillement, presque tout ce que nous avons dit sur l'effet de cette action rescisoire, et sur les prestations auxquelles elle donne lieu, lorsqu'elle est donnée par un vendeur contre un contrat de vente, reçoit application à celle

dennée par un bailleur contre un bail à rente ; excepté qu'on ne peut appliquer au preneur ce que nous avons dit, que l'acheteur, qui pourrait être réputé avoir acheté de bonne foi, n'était pas tenu des dégradations de l'héritage causées par sa négligence.

La raison de différence est sensible. L'acheteur, qui croyait avoir une pleine et entière propriété de la chose, se croyait permis de la négliger : mais le preneur, qui ne pouvait s'en croire propriétaire qu'à la charge de la rente, ne pouvait pas se croire permis de la négliger ; puisque, quand même le contrat eût été valable, et qu'il eût été vrai propriétaire de l'héritage, ne l'étant qu'à la charge de la rente foncière, il eût été obligé de ne pas détériorer l'héritage, et d'en avoir soin, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 42.

§ II. DE LA RÉSOLUTION DU CONTRAT DE BAIL A RENTE.

121. Il y a une gronde différence entre la simple résolution et entre la rescision du contrat de bail à rente. Lorsque, sur une action rescisoire, le juge prononce la rescision du contrat, le contrat est anéanti, et réputé comme s'il n'était jamais intervenu. Au contraire, la sentence, qui, sur quelque action résolutoire, prononce la résolution du bail, ne résout et ne détruit le bail que pour l'avenir.

On peut apposer, dans un contrat de bail à rente, les mêmes clauses résolutoires qu'on appose dans les contrats de vente ; et tout ce que nous avons dit, en notre *Traité du Contrat de Vente*, *part.* 5, *chap.* 2, *sect.* 3 *et* 4, sur ces clauses, et sur les actions qui en naissent, peut s'appliquer au contrat de bail à rente.

Il se fait aussi une résolution du bail à rente pour l'avenir, lorsqu'à défaut de paiement, le créancier de la rente foncière rentre dans l'héritage, suivant le droit qu'il en a, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 39 *et suiv.*

Cette résolution du bail à rente se fait aussi par le déguerpissement, dont nous allons traiter dans la section suivante.

Elle se fait encore, lorsqu'il survient, par une force majeure, une destruction totale de l'héritage sujet à la rente. Nous parlerons de ce cas dans la section troisième.

SECTION II.

DU DÉGUERPISSEMENT.

122. On peut définir le déguerpissement, un acte par lequel le possesseur d'un héritage chargé d'une rente foncière, pour se décharger de cette rente, abandonne en justice l'héritage au créancier de la rente.

Nous verrons sur le déguerpissement, 1° qui sont ceux qui peuvent déguerpir ; 2° ce qui doit être déguerpi, 3° comment et à qui se fait le déguerpissement ; 4° des conditions sous lesquelles le preneur ou ses héritiers sont admis au déguerpissement ; 5° de celles sous lesquelles y est admis le tiers, qui a acquis à la charge de la rente, ou qui en a eu connaissance ; 6° de celles sous lesquelles y est admis l'acquéreur qui n'a pas eu connaissance de la rente ; 7° de l'effet du déguerpissement ; 8° des clauses qui empêchent le déguerpissement.

ARTICLE PREMIER.

Qui sont ceux qui peuvent déguerpir ?

123. On a douté autrefois si le preneur ou ses héritiers pouvaient se décharger, pour l'avenir, d'une rente foncière, en déguerpissant l'héritage. Accurse et la plupart des anciens docteurs pensaient que le preneur contractait, par le bail, une obligation personnelle de payer à toujours la rente, dont lui ni ses héritiers ne pouvaient se libérer par le déguerpissement de l'héritage.

Notre ancienne Coutume d'Orléans avait suivi cette opinion. Par la réformation faite en 1583, notre nouvelle Coutume a embrassé l'opinion contraire ; et en conservant, pour les baux à cens, et pour les baux à rente faits avant la réformation, l'ancien droit suivi en cette province, qui refusait au preneur et à ses héritiers la faculté de se libérer par le déguerpissement, elle a accordé cette faculté au preneur et à ses héritiers, à l'égard des baux qui seraient faits depuis la réformation. C'est ce qui résulte des articles 134 et 412 de notre nouvelle Coutume. La raison de cette seconde opinion est, que le droit de rente foncière étant un droit réel retenu dans l'héritage, et la rente une charge réelle due principalement par l'héritage, le preneur ne contracte, par le bail, l'obligation de la payer qu'à cause de l'héritage, et en qualité de possesseur de l'héritage. Cette obligation doit donc cesser, lorsqu'il cessera d'en être le possesseur, par l'aliénation ou par le déguerpissement qu'il en fera.

La Coutume de Paris, et plusieurs autres, ont aussi embrassé cette seconde opinion, et ont permis expressément le déguerpissement aux preneurs. Elle est autorisée par l'Ordonnance de 1441, *art.* 20 *et* 43, qui porte expressément que tous propriétaires, et mêmement les preneurs à rente, pourront renoncer aux maisons, en les laissant en aussi bon état, qu'elles étaient au temps de la prise.

Elle doit être suivie dans les Coutumes qui accordent indistinctement la faculté de déguerpir aux *détenteurs*, sans l'accorder nommément

aux preneurs; car le terme *détenteur*, dans sa généralité, comprend les preneurs aussi bien que les tiers détenteurs. Elle doit pareillement l'être dans les Coutumes qui ne se sont pas expliquées du tout sur le déguerpissement. C'est ce qui a été jugé par plusieurs arrêts rapportés par Brodeau sur Leuet, *lett. D, chap.* 41.

Loyseau, *liv.* 4, *chap.* 10, *n.* 6 *et* 7, va plus loin, et il prétend que, même dans les Coutumes qui portent expressément que ceux, qui sont obligés personnellement à la rente, ne peuvent déguerpir, la faculté du déguerpissement n'est pas interdite indistinctement à tous les preneurs, et que ces termes ne doivent être entendus que de ceux qui, par quelque clause particulière du bail, telle que celle de fournir et faire valoir la rente, ou quelque autre semblable, ont contracté une obligation personnelle de payer à toujours la rente.

124. Le déguerpissement étant un abandon et une abdication de la propriété de l'héritage déguerpi, il s'ensuit qu'il ne peut être valablement fait que par le propriétaire de l'héritage.

C'est pourquoi un usufruitier ne peut pas déguerpir. Il peut bien se décharger de la rente pour l'avenir, en renonçant à son droit d'usufruit; mais l'héritier continuera d'être chargé de la rente, et elle doit être acquittée par le propriétaire de l'héritage, à qui l'usufruit se consolide par la renonciation que l'usufruitier a faite de son droit.

125. Un mari n'étant pas le vrai propriétaire de l'héritage propre de sa femme, il ne peut le déguerpir, que conjointement avec sa femme, qui en est demeurée, pendant le mariage, la véritable propriétaire.

Quid, si la femme, par mauvaise humeur contre son mari, et par collusion avec le créancier de rente foncière, refuse à son mari de concourir avec lui au déguerpissement de son héritage chargé d'une rente onéreuse, et qui en excède de beaucoup le revenu? Loyseau, IV, 6, 13, pense que le mari n'a aucun moyen de se défendre de continuer la rente, quelque onéreuse qu'elle soit, pendant tout le temps que durera le mariage, et qu'il doit s'imputer sa pusillanimité et son peu d'autorité sur l'esprit de sa femme.

126. Le propriétaire, quoique grevé de substitution, étant le vrai propriétaire de l'héritage compris en la substitution, peut le déguerpir: mais l'héritage déguerpi demeure chargé de la substitution; et, lors de son ouverture, les substitués pourront revendiquer l'héritage déguerpi, en se chargeant de la rente; voyez *infrà, art.* 7.

Pareillement, l'héritier bénéficiaire peut déguerpir les héritages de la succession bénéficiaire.

127. Le propriétaire de l'héritage sujet à rente foncière, n'en étant pas proprement dépossédé par la saisie réelle qu'en ont faite les créanciers, peut le déguerpir au créancier de rente foncière; Loyseau, *ibidem, n.* 14. Mais les créanciers saisissans et opposans, en offrant de se charger de la rente, et de faire vendre l'héritage à la charge de la rente, peuvent empêcher l'effet de ce déguerpissement, et suivre leur saisie.

128. Non seulement il n'y a que le propriétaire qui puisse déguerpir; le propriétaire même ne le peut qu'autant qu'il a le pouvoir de disposer de ses héritages et de les aliéner. C'est pourquoi, les héritages des mineurs et ceux de l'église et des communautés, ne pouvant s'aliéner sans le décret du juge, un mineur ne peut, par le ministère de son tuteur, déguerpir son héritage, pour se décharger de la rente foncière dont il est chargé, qu'en vertu du décret du juge qui aura permis ce déguerpissement sur un avis de parens, et sur une estimation de l'héritage, qui auront constaté l'utilité du déguerpissement. Pareillement, l'église et les communautés ne peuvent déguerpir qu'en vertu d'un décret du juge, et en observant les formalités requises pour l'aliénation des biens d'église.

ARTICLE II.

Qu'est-ce qui doit être déguerpi?

129. Pour que le déguerpissement soit valable, et qu'il opère la résolution du bail pour l'avenir, et l'extinction de la rente, il faut que tout l'héritage chargé de la rente soit déguerpi; car la charge de la rente foncière est imposée par le bail sur l'héritage, non seulement dans sa totalité, mais dans chacune de ses parties. Le créancier de la rente peut donc, en n'acceptant pas le déguerpissement qui lui est fait de partie de l'héritage, conserver la totalité de sa rente dans la partie qui n'est pas déguerpie, puisque chaque partie de l'héritage est, comme nous l'avons dit, chargée de la totalité de la rente: mais, en ce cas, le créancier de la rente est obligé de subroger en ses droits les autres débiteurs de la rente, qui n'ont pas déguerpi leurs portions, pour qu'ils puissent, en sa place, se mettre en possession de la portion déguerpie, comme nous le verrons *infrà*.

130. Quoique le déguerpissement, fait par celui qui n'est possesseur que d'une partie de l'héritage chargé de la rente, n'opère, pour aucune partie, l'extinction de la rente, qui subsiste contre les possesseurs des autres parties qui ne les ont pas pareillement déguerpies, au moins, il est valable, quant à l'effet de décharger et libérer de la rente le possesseur de la partie de l'héritage qu'il a déguerpie.

Mais il faut, pour cela, qu'il déguerpisse tout

ce qu'il possède de cet héritage, et qu'il n'en retienne rien; car le peu qu'il en retiendrait, le ferait demeurer sujet à la rente, parce que cette petite portion resterait toujours chargée du total de la rente.

131. Cela est sans difficulté, lorsque, par le bail, l'héritage a été donné *per aversionem* pour une seule rente de tant par chacun an. Il y a plus de difficulté, lorsque, par le bail, la rente, que le bailleur s'est retenue, a été distribuée et répartie sur chaque arpent de l'héritage baillé à rente; comme lorsque trente arpens ont été, par une même baillée, donnés pour une pistole de rente chacun. Il semblerait, qu'en ce cas, chaque arpent n'est chargé que d'une pistole, et non des trente pistoles de rente, et, qu'en conséquence, le possesseur, qui posséderait les trente arpens, et qui n'en déguerpirait qu'une partie, *puta*, qui en déguerpirait vingt arpens, et en retiendrait dix, ne devrait plus être tenu que de dix pistoles de rente, dont sont chargés les dix arpens par lui retenus, et qu'il devrait être déchargé de vingt pistoles de rente dont étaient chargés les vingt arpens par lui déguerpis. Néanmoins, même en ce cas, Loyseau, en son *Traité du Déguerpissement, liv.* 5, *chap.* 2, *n.* 23, décide que le possesseur ne doit pas être reçu au déguerpissement, s'il ne déguerpit tout ce qu'il possède, n'étant pas juste qu'il fasse porter au créancier de la rente foncière, la perte survenue dans la partie qu'il lui déguerpit, pendant qu'il profite de l'augmentation qui peut être survenue dans la partie qu'il retient. Quand même il ne serait arrivé aucune perte, ni augmentation sur lesdites terres, le bail ayant assigné un prix commun à chaque arpent, quoiqu'ils ne soient pas d'égale bonté, il ne serait pas juste qu'il fût au pouvoir du possesseur de choisir et de retenir les meilleurs arpens, et de déguerpir les moindres.

132. Doit-on déguerpir ce qui a été, depuis le bail, uni à l'héritage baillé à rente? Il faut encore distinguer trois espèces d'unions : l'union purement naturelle, l'union industrielle, et l'union de simple destination. L'union purement naturelle est celle qui se fait à un héritage sans aucun fait du possesseur, telle que celle qui se fait par alluvion à un héritage voisin d'une rivière. L'union industrielle est celle des bâtimens que l'on construit sur un héritage, ou des arbres qu'on y plante, ou qu'on y sème. L'union de simple destination est lorsque le propriétaire d'une métairie, qui a acquis des terres contiguës à celles de sa métairie, les unit à celles de sa métairie, en les faisant valoir, ou en les affermant conjointement, et comme ne composant désormais qu'un même tout avec celles de sa métairie.

Il est évident que les terres, qui n'ont été unies que de cette dernière manière à la métairie qui lui a été baillée à rente, peuvent être par lui retenues, lorsqu'il la déguerpit; car ces terres n'ayant été unies à cette métairie que par la destination de sa volonté, elles peuvent en être désunies par une destination de volonté contraire : elles n'y sont pas réellement unies, et elles en sont aussi réellement distinguées, qu'elles l'étaient avant que le propriétaire de la métairie les eût acquises. Enfin, cette union de simple destination ne donne pas aux terres, que le propriétaire d'une métairie y a unies de cette manière, les qualités de cette métairie. Par exemple, si la métairie était un propre, les terres, qui y ont été unies de cette manière, ne sont pas pour cela un propre, mais de simples acquêts dans sa succession; et, par la même raison, cette union ne les rend pas sujettes à la rente foncière, dont est chargée la métairie à laquelle elles ont été unies de cette manière.

Il faut décider le contraire à l'égard de l'union naturelle, telle que celle d'une alluvion. L'accrue, qui se fait par alluvion, est réellement une partie et un accessoire de l'héritage auquel elle accroît; elle en prend toutes les qualités, suivant la maxime, *Accessorium sequitur naturam rei principalis.* Elle est, par conséquent, sujette à la rente, à laquelle est sujet l'héritage auquel elle est accrue; et le propriétaire de l'héritage, pour se libérer de la rente, doit déguerpir cette accrue avec l'héritage dont elle fait partie.

Ajoutez que, si l'héritage eût été diminué, et que la rivière en eût emporté une partie, il eût suffi au preneur de déguerpir ce qui en restait, et le bailleur en eût supporté la perte. Il doit donc, dans le cas contraire, profiter de l'augmentation, suivant la maxime, *Ubi est periculum, ibi est lucrum.*

Il faut décider la même chose à l'égard de l'union industrielle. Les bâtimens construits sur l'héritage baillé à rente, les plantations qui y ont été faites, font réellement partie de cet héritage, et elles en sont un accessoire, suivant la maxime, *Ædificium solo cedit.* Ils en suivent, par conséquent, la nature, ne faisant qu'une seule et même chose avec l'héritage auquel ils sont unis : ils en ont toutes les qualités : ils sont sujets à la rente à laquelle l'héritage est sujet; et le propriétaire qui, pour s'en libérer, déguerpit l'héritage, ne peut les en détacher.

La question paraît néanmoins d'abord souffrir quelque difficulté. Ces bâtimens ayant été faits aux dépens de celui qui déguerpit, ou de ses auteurs, est-il juste que le créancier de la rente en profite? Cela n'est-il pas contraire à cette règle de l'équité, *Neminem æquum est cum*

alterius detrimento locupletari? La réponse est, que la règle opposée ne reçoit ici aucune application : car, ou la rente vaut autant, ou même plus que l'héritage qu'en déguerpit, avec les bâtimens qu'on y a construits, ou bien elle vaut moins. Dans le premier cas, le déguerpissement, qui en est fait, n'enrichit pas le créancier, puisqu'on suppose que sa rente, qu'il perd par le déguerpissement, valait autant que l'héritage qu'en lui déguerpit. Dans le second cas, le déguerpissant n'est pas recevable à se plaindre que le créancier s'enrichit à ses dépens, par le déguerpissement qu'il lui fait, puisqu'il ne tenait qu'à lui de ne le pas faire, et que *volenti non fit injuria.* D'ailleurs, il ne doit pas être écouté à dire que l'héritage, qu'il déguerpit avec les bâtimens, vaut plus que la rente; car le déguerpissement, qu'il en fait, est une preuve du contraire : s'il valait plus, il ne le déguerpirait pas.

ARTICLE III.

Comment et à qui doit se faire le déguerpissement.

133. Le déguerpissement peut se faire de gré à gré et hors justice, lorsque le créancier de la rente foncière consent de rentrer dans l'héritage qu'en lui déguerpit. Mais lorsque le créancier ne consent pas au déguerpissement, il faut, pour qu'il soit valable, et qu'il opère la résolution du bail pour l'avenir, et l'extinction de la rente, qu'il soit fait en justice; c'est-à-dire, que le possesseur, qui veut déguerpir, assigne le créancier de la rente, pour lui voir donner acte de son déguerpissement, et de ses offres de payer ce qu'il doit. C'est ce que décident les Coutumes. Paris, *art.* 109, dit : *Si aucun a prins un héritage, il y peut renoncer en* JUGEMENT, *partie présente ou appelée.* Notre Coutume d'Orléans, *art.* 412, est dans les mêmes termes. La bonne foi, dont la prestation est requise dans le contrat de bail à rente, de même que dans tous les autres contrats, exige cela.

134. Lorsque la rente foncière est due à plusieurs, il ne suffit pas d'assigner l'un d'eux. Il est bien vrai que, si celui, qui a été assigné, accepte le déguerpissement qui lui est fait, le déguerpissement sera valable, et déchargera le déguerpissant, même envers les autres créanciers qui n'ont pas été assignés; car celui, à qui le déguerpissement a été fait, en l'acceptant, et en entrant en possession de l'héritage qui lui est déguerpi, devient débiteur de la rente, envers les autres créanciers de la rente, pour les parts qu'ils y ont, et en décharge le déguerpissant. Mais s'il arrivait que celui, qui a été assigné, ne voulût pas accepter le déguerpissement, qui lui a été fait, le déguerpissant ne serait déchargé de la rente qu'envers ce créancier, et non envers les autres créanciers de le rente, qu'il n'a pas assignés.

135. Lorsque l'héritage est chargé de plusieurs rentes, le déguerpissant doit pareillement faire son déguerpissement aux créanciers des différentes rentes, et les assigner tous; autrement le déguerpissement ne le déchargera que de la rente due à celui qu'il a assigné.

Néanmoins, si, n'ayant assigné que le créancier de la rente dernière créée, celui-ci avait bien voulu accepter le déguerpissement, et rentrer dans l'héritage, à la charge des rentes précédentes, le déguerpissant serait libéré de toutes les rentes.

ARTICLE IV.

Des conditions sous lesquelles le preneur ou ses héritiers sont admis au déguerpissement.

136. Le preneur ou ses héritiers, pour être admis au déguerpissement, doivent satisfaire préalablement, pour le passé, à toutes les obligations du bail à rente, que le déguerpissement doit résoudre pour l'avenir, et ils doivent rendre indemnes le bailleur ou ses successeurs créanciers de la rente.

Ils doivent donc, en premier lieu, payer tous les arrérages de la rente dus et échus jusqu'au jour du déguerpissement.

137. Les Coutumes de Paris et d'Orléans, et quelques autres, veulent encore, qu'outre les arrérages échus jusqu'au jour du dernier terme de paiement, qui a précédé le déguerpissement, le déguerpissant paie encore *le terme ensuivant,* c'est-à-dire, tout le terme courant, quoiqu'il ne soit pas encore entièrement échu lors du déguerpissement. Par exemple, si, le 25 de février 1773, j'ai déguerpi un héritage, pour me décharger d'une rente foncière de 100 livres par an, payable aux termes de Noël et de la Saint-Jean, je dois payer, outre les arrérages échus jusqu'au terme de Noël 1772, 50 livres pour tout le terme courant entier, quoiqu'il n'y eût que deux mois de courus lors du déguerpissement; et si les arrérages étaient payables en un seul terme d'une année, je devrais payer tout ce qui reste à courir de l'année.

Si le déguerpissement se faisait le jour même de l'échéance de la rente, le déguerpissant n'aurait pas de terme à échoir à payer; *Poitou,* 42 *et* 44.

Je ne crois pas que cette obligation de payer ce qui reste du terme courant, doive avoir lieu dans les Coutumes qui ne le disent pas.

138. Lorsque le créancier, à qui le déguerpissement est fait, refuse d'accepter le déguer-

pissement, et de recevoir les arrérages qui lui sont offerts, quelques Coutumes, comme Anjou, le Maine, le Dunois, requièrent, en ce cas, la consignation des arrérages par le déguerpissant.

C'est une question, si, dans les Coutumes de Paris et d'Orléans, qui disent seulement que le preneur peut déguerpir, EN PAYANT *tous les arrérages, etc.*, la consignation est, dans ce cas, nécessaire pour rendre le déguerpissement valable, et libérer pour l'avenir, de la rente, le déguerpissant.

Loyseau, *Traité du Déguerpissement, l.* 5, *chap.* 9, *n.* 13 *et suiv.*, décide que la consignation n'est pas, en ce cas, nécessaire, parce que le créancier ayant été mis, par ces offres, en demeure de recevoir, l'accomplissement de la condition de payer les arrérages, ayant été empêché par lui, la condition doit, vis-à-vis de lui, être réputée pour accomplie, suivant la règle de droit, *In omnibus causis pro facto id accipitur, quotiès per alium mora fit, quominùs id fiat; l.* 39, *ff. de Reg. J.*; et il ne doit pas être recevable à en opposer le défaut.

Il prétend, même, qu'il n'est pas nécessaire que ces offres aient été accompagnées d'une exhibition de deniers, si ce n'est dans les Coutumes qui la requièrent expressément; car c'est, dit-il, une cérémonie inutile et superflue vis-à-vis d'un créancier qui refuse de recevoir.

Cette opinion de Loyseau, que le déguerpissant, dans la Coutume de Paris et autres semblables, n'est pas tenu de consigner les arrérages de la rente, sur le refus du créancier, à qui il les a offerts, me paraît souffrir beaucoup de difficulté. C'est un principe, que les formalités, requises pour la validité des actes, sont de rigueur, et que celui, à qui elles sont prescrites, doit, au moins *quantùm in se est*, les accomplir. Or, la Coutume de Paris et ses semblables, par ces termes, *en payant tous les arrérages*, prescrivent le paiement desdits arrérages, comme une condition et une formalité du déguerpissement : le déguerpissant doit donc l'accomplir *quantùm in se est*. Or, on ne peut pas dire qu'il ait satisfait à cette condition *quantùm in se est*, par les offres qu'il a faites au créancier de la rente. Les offres, quoique réelles, ne sont pas un *paiement*; il n'y a que la consignation, qui est faite sur le refus du créancier de recevoir, qui en tienne lieu. L'acte de déguerpissement, faute de cette consignation, ne doit donc pas être valable. En vain le déguerpissant allègue-t-il, en sa faveur, la règle de droit, *In omnibus causis, etc.*, ci-dessus citée : le refus, fait par le créancier, de recevoir les arrérages qu'il lui a offerts, ne lui a pas ôté le pouvoir de satisfaire au paiement desdits arrérages, que la loi exige pour condition du déguerpissement, puisqu'elle ne lui a pas ôté le pouvoir d'en faire la consignation, qui tient lieu de ce paiement. En matière de retrait lignager, le refus, fait par l'acquéreur, sur qui le retrait a été adjugé, de recevoir le prix qui lui a été offert par le retrayant, ne dispense pas le retrayant de la consignation, même dans les Coutumes qui ne font pas mention de consignation, et qui disent seulement que le retrayant sera tenu de payer : il semble qu'il y a parité de raison pour le déguerpissement. Je ne propose ces raisons, contre l'avis de Loyseau, que comme raisons de douter : j'en laisse le jugement au lecteur.

Même, dans l'avis de Loyseau, le refus, fait par le créancier, de recevoir, ne dispense le déguerpissant de payer ou consigner, que tant que le refus dure. Mais si le créancier, après avoir refusé de recevoir, fait au déguerpissant une signification, par laquelle il lui déclare qu'il est prêt à recevoir, le déguerpissant doit payer incontinent; faute de quoi, son déguerpissement sera nul, et n'aura pas arrêté le cours de la rente : car, par cette signification, le déguerpissant est mis en demeure de payer et de satisfaire à la condition du déguerpissement, et celle, en laquelle était le créancier de recevoir, est purgée : *Posterior mora purgat priorem;* Loyseau, *ibid. n.* 32.

Le déguerpissant, qui n'aura pas satisfait à cette signification du créancier, sera donc tenu de signifier au créancier une réitération de son déguerpissement, et de lui offrir les arrérages courus jusqu'au jour de la réitération, et le terme courant.

Loyseau observe fort bien, *loco citato*, que le créancier peut se faire payer des arrérages, quoiqu'il débatte le déguerpissement.

139. Lorsque, par le bail, on a stipulé des deniers d'entrée, qui sont encore dus, le preneur et ses héritiers doivent les payer avec les intérêts, pour être reçus à déguerpir. Mais, dira-t-on, ces deniers étant en partie le prix de l'héritage, n'est-il pas injuste que celui, qui déguerpit l'héritage, soit privé tout à la fois et de l'héritage et du prix, contre cette règle d'équité, *Nemo debet carere re et pretio?* La réponse est, que c'est une des conditions du déguerpissement, que le déguerpissant, pour y être reçu, satisfasse, au préalable, à toutes les obligations du bail; que, quoique en payant ces deniers d'entrée, il se trouve privé tout à la fois de l'héritage et d'une partie du prix, il ne souffre aucune injustice, parce qu'il est on son pouvoir de conserver l'héritage qu'il déguerpit; le déguerpissement, qu'il en fait, est volontaire, *et volenti non fit injuria*.

A plus forte raison, doit-on décider que le déguerpissant n'a pas la répétition de ces deniers

d'entrée, lorsqu'ils ont été payés; car le titre, en vertu duquel le bailleur les a reçus, subsiste, et n'est pas détruit par le déguerpissement, qui en opère seulement la résolution pour l'avenir.

140. Enfin le preneur et ses héritiers doivent, pour être reçus à déguerpir l'héritage, l'avoir remis en aussi bon état qu'il était lors du bail.

Il faut, à cet égard, distinguer, avec Loyseau, les réparations de simple entretien, qui sont à faire à l'héritage qu'on veut déguerpir, et celles qui consistent en des reconstructions, ou nouvelles plantations, qu'il faudrait faire pour remettre l'héritage, qu'on veut déguerpir, en aussi bon état qu'il était lors du bail.

Celui, qui veut déguerpir, ne peut se dispenser de faire, au préalable, toutes les réparations de simple entretien, qui sont à faire à l'héritage qu'il veut déguerpir, de quelque cause qu'elles procèdent, quand même elles procéderaient de quelque force majeure; *putà*, si une grêle extraordinaire avait cassé les vitres et les ardoises de la maison que je veux déguerpir, je serais tenu, pour être reçu au déguerpissement, de faire remettre des vitres et des ardoises à la place de celles que la grêle a cassées. La raison est, que c'est une des obligations, que le preneur contracte par le bail, d'entretenir l'héritage de toutes réparations, pendant le temps qu'il en sera jouissant et possesseur, cet entretien étant une charge de sa jouissance.

A l'égard des réparations, qui consisteraient à faire des reconstructions, ou nouvelles plantations, qui sont nécessaires pour que l'héritage soit remis en aussi bon état qu'il était lors du bail, il faut sous-distinguer.

Le preneur est tenu, pour être reçu au déguerpissement, de faire, au préalable, toutes celles auxquelles lui, ou ceux dont il est héritier médiat ou immédiat, ont donné lieu par leur fait, ou même simplement par leur faute et par leur négligence.

Par exemple, s'il a arraché des vignes pour agrandir un jardin voluptuaire; s'il a abattu quelque bâtiment; s'il l'a incendié par sa faute ou celle de ses domestiques (ce qui se présume, lorsqu'il ne paraît pas d'autre cause de l'incendie), il est obligé, avant que de pouvoir déguerpir, de remettre en bonnes vignes le terrain où il les a arrachées, et à reconstruire les bâtimens qu'il a démolis ou qu'il a laissé brûler.

Il y a plus; si la maison, baillée à rente, devenait totalement caduque, quoique ce fût par vétusté qu'elle fût devenue en cet état, et non par défaut d'entretien, ni par aucune faute du preneur, et que le preneur, en ce cas, ne soit pas obligé et ne puisse être contraint à la reconstruction, telle qu'elle était lors du bail, tant qu'il ne déguerpira pas, comme nous l'avons vu *suprà*, *n*. 43, néanmoins, il ne serait pas reçu à déguerpir, qu'il ne l'eût reconstruite : car les Coutumes ne permettent le déguerpissement que sous la condition *de laisser l'héritage en aussi bon état qu'il était au temps de la prise*; et il ne serait pas juste qu'un preneur, à qui on aurait donné une maison neuve, après en avoir joui pendant tout le temps qu'elle était bonne, la déguerpît, lorsqu'elle serait devenue caduque, et qu'il n'en pourrait plus tirer de profit. C'est ce qu'enseigne Loyseau, *liv*. 5, *chap*. 8, *n*. 9.

Pareillement, quoique ce soit par vétusté que les vignes sont mortes, il ne laisse pas d'être obligé de remettre l'héritage en bon état, parce qu'il devait renouveler les vignes à mesure qu'il en était besoin; et c'est de sa part une faute d'y avoir manqué.

Mais, si c'est par quelque force majeure, que les plantations et les bâtimens ont été détruits : comme si, en temps de guerre, les armées ont abattu les arbres, ou si le feu du ciel a incendié les bâtimens, qui étaient sur l'héritage lors du bail; le preneur, pour être reçu à déguerpir, n'est point obligé de reconstruire d'autres bâtimens à la place de ceux qui ont été incendiés, ni à faire de nouvelles plantations à la place de celles qui ont été détruites.

C'est ce qu'enseigne Loyseau; *e. ch*. 6, *n*. 17. La raison de différence est, que le cas de la vétusté a dû être prévu : le preneur a dû s'attendre que la maison, qui lui a été donnée à rente, ne pouvait pas toujours durer. Mais ces accidens sont des cas de force majeure qui n'ont pas dû être prévus, et dont on ne doit pas charger le preneur, suivant la règle : *Nemo præstat casus fortuitos*.

141. Loyseau, *ibid. ch*. 5, *n*. 21, observe très judicieusement, qu'il n'est pas nécessaire que le preneur ou ses héritiers, pour être reçus au déguerpissement, remettent l'héritage précisément dans la même forme qu'il était lors du bail; car le droit de propriété, qu'ils avaient dans l'héritage, leur donnait le droit d'en disposer et d'en changer la forme : il suffit qu'ils le remettent en aussi bon état. C'est pourquoi, les Coutumes de Paris et d'Orléans disent, *en laissant l'héritage en* AUSSI BON *état et valeur qu'il était au temps de la prise*. Elles ne disent pas, *dans le même état*.

Cet auteur, *ibidem*, *n*. 22, enseigne que, lorsque le preneur, ou quelqu'un de ses successeurs, a converti la forme de l'héritage en une forme plus précieuse, que celle qui était au temps du bail; *putà*, lorsque d'un jardin baillé à rente, il en a fait une maison, il n'est plus tenu qu'à entretenir l'héritage dans sa nouvelle forme. Il prétend qu'il n'est point tenu, lorsqu'il veut déguerpir, des accidens survenus

sur cette nouvelle forme, et que, par exemple, si, dans l'espèce proposée, la maison, qu'il avait bâtie à la place du jardin baillé à rente, avait été incendiée par le feu du ciel, il pourrait déguerpir la place, quoiqu'elle ne fût pas, au temps du déguerpissement, en aussi bon état qu'elle l'était au temps du bail, dans la forme de jardin qu'elle avait alors. Il avoue néanmoins que la question est problématique. En effet, la décision de Loyseau me paraît souffrir beaucoup de difficulté. C'est un principe reconnu par Loyseau, que, pour être reçu au déguerpissement, il faut rendre indemne celui à qui il est fait, et que sa condition ne doit pas être pire que s'il n'eût pas fait le bail à rente. Ce n'est pas une chose contraire à ce principe, que, lorsqu'une maison a été baillée à rente, et que, depuis le bail, elle a été incendiée par le feu du ciel, le preneur soit reçu à déguerpir la place et les matériaux qui ont échappé aux flammes, quoiqu'en ce cas, il ne rende pas l'héritage en aussi bon état qu'il était lors du bail : car la condition du bailleur, créancier de la rente, n'est pas pire que s'il n'eût pas fait le bail, puisque, s'il eût conservé l'héritage, il aurait souffert cet accident. Mais, lorsque l'héritage, baillé à rente, était un jardin, sur lequel il a plu au preneur de bâtir une maison qui a été brûlée par le feu du ciel, le preneur, qui déguerpit la place, n'indemnise pas le bailleur, s'il ne remet la place en aussi bon état de jardin qu'elle était lors du bail; car si le bailleur n'eût pas fait le bail, il aurait conservé l'héritage dans sa forme : il n'y aurait pas bâti de maison, et il n'aurait pas été exposé à l'accident que le preneur a souffert.

142. Ces termes *en aussi bon état et valeur*, signifient que l'héritage doit être, ou dans la même forme, ou dans une forme aussi fructueuse; mais ils ne signifient pas qu'il doit être aussi précieux qu'il l'était lors de la prise. Une maison, qui était neuve, lorsqu'elle a été baillée à rente, n'est pas si précieuse qu'elle l'était lors du bail, lorsqu'on la déguerpit cent ans après. Une vieille maison ne pouvant pas être aussi précieuse, et de même valeur, qu'une neuve, le déguerpissement néanmoins en est valable, pourvu qu'elle ait été bien entretenue, et qu'elle soit en bon état de réparations; *Loyseau, v. ch.* 5, *n.* 2.

143. Il ne suffirait pas à celui qui veut déguerpir, d'offrir la somme à laquelle seraient estimées les dégradations. Les Coutumes l'obligent précisément à remettre l'héritage en bon état, avant que de pouvoir le déguerpir. En vain opposerait-on la maxime, *Nemo potest cogi ad factum :* elle n'est vraie que lorsque c'est par voie d'action qu'on demande à quelqu'un qu'il fasse quelque chose; mais le déguerpissant peut, par voie d'exception, être exclu de la faculté de déguerpir, que la loi lui accorde, jusqu'à ce qu'il ait satisfait précisément aux conditions qu'elle lui impose.

144. Lorsque le déguerpissant, ou ses auteurs, ont, depuis le bail à rente, imposé des servitudes sur l'héritage, Loyseau, *liv.* 5, *ch.* 3, *n.* 6, décide qu'il doit les racheter, avant que de pouvoir être reçu au déguerpissement : autrement il ne rendrait pas l'héritage en aussi bon état qu'il était lors du bail, puisqu'au lieu d'un héritage libre, qui lui a été baillé, il rendrait un héritage chargé de servitude.

Ne pourrait-on pas dire que le déguerpissement éteint ces servitudes, par la règle, *Soluto jure dantis, solvitur jus accipientis?* Non; car cette règle n'a lieu que lorsque le droit de celui qui a imposé la servitude, se résout *ex causâ necessariâ;* mais le déguerpissement, qui résout le droit du déguerpissant, est purement volontaire.

Si ceux, à qui appartiennent les droits de servitude, n'en voulaient pas souffrir le rachat; comme le déguerpissant ne doit pas être obligé à l'impossible, Loyseau, *ibidem*, décide qu'il suffit, en ce cas, qu'il offre l'estimation de ce dont l'héritage, qu'il déguerpit, en est déprécié.

145. A l'égard des hypothèques, que le déguerpissant ou ses auteurs ont imposées sur l'héritage, le déguerpissant n'est point obligé de les purger, le créancier de la rente foncière, à qui le déguerpissement est fait, ayant un moyen de s'en défendre; car le preneur et ses successeurs n'ayant pu hypothéquer l'héritage, que jusqu'à concurrence de sa plus-value au-delà de la rente, le bailleur ou son successeur, créancier de la rente, qui est rentré dans l'héritage qui lui a été déguerpi, peut obtenir le congé des demandes hypothécaires des créanciers, si mieux n'aiment les créanciers hypothécaires se charger de faire vendre l'héritage à la charge de la rente, sans que le bailleur ou son successeur soit tenu d'aucuns frais.

146. Le déguerpissement, se faisant pour l'intérêt de celui qui déguerpit, doit se faire à ses frais; c'est pourquoi, si celui, à qui le déguerpissement est fait, n'a fait aucune mauvaise contestation, le déguerpissant doit être condamné aux dépens.

ARTICLE V.

Des conditions sous lesquelles le tiers détenteur, qui a acquis à la charge de la rente, ou qui en a eu connaissance, est reçu au déguerpissement.

147. Il n'est pas douteux que le tiers détenteur de l'héritage, chargé d'une rente foncière, qui l'a acquis à la charge de la rente, ou qui en

a connaissance, doit, pour être reçu au déguerpissement, payer tous les arrérages courus depuis son acquisition, et le terme ensuivant, puisqu'il les doit personnellement.

Il n'est pas douteux, par la même raison, qu'il doit réparer toutes les dégradations survenues depuis son acquisition, par son fait ou par sa faute.

148. Il y a plus de difficulté à l'égard des arrérages courus avant son acquisition : il n'en est tenu qu'hypothécairement, et non personnellement, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 90. Il semble donc, qu'en déguerpissant l'héritage, il ne doit pas être tenu de les acquitter. Par la même raison, il semblerait qu'il ne devrait pas être tenu des dégradations faites à l'héritage avant son acquisition, puisqu'elles ne proviennent ni de son fait, ni de sa faute, et qu'il n'est pas tenu des obligations de son auteur, à qui il n'a succédé qu'à titre singulier.

Néanmoins, Loyseau, *liv.* 5, *chap.* 4, *n.* 7 *et suiv.; et chap.* 7, *n.* 4 *et suiv.*, enseigne que ce tiers détenteur ne doit être reçu au déguerpissement, qu'en payant tous les arrérages, même ceux échus avant son acquisition, et en remettant l'héritage en aussi bon état qu'il était lors du bail, quoique les dégradations soient survenues avant son acquisition; il faut enfin qu'il décharge ou indemnise le créancier de la rente, des servitudes et charges imposées depuis le bail, sur l'héritage déguerpi, quoique ce ne soit pas lui, mais ses auteurs qui les aient imposées.

Le principe, sur lequel se fonde Loyseau, est que ce tiers détenteur s'étant volontairement obligé à la continuation de la rente foncière, en acquérant l'héritage à la charge ou avec la connaissance de la rente, il ne peut s'en décharger que de deux manières, ou en aliénant, sans fraude, l'héritage à quelqu'un, qui en soit chargé à sa place, ou en faisant le déguerpissement de l'héritage.

Mais ce déguerpissement ne peut se faire que sous les conditions sous lesquelles la loi permet de le faire; et la principale est que le bailleur, ou ses successeurs, créanciers de la rente foncière, auxquels se fait le déguerpissement, soient rendus indemnes. Or, ils ne le seraient pas, si l'héritage ne leur était pas rendu en aussi bon état qu'il était lors du bail, à moins que la dégradation ne fût survenue par une force majeure que le bailleur eût également soufferte, s'il n'eût pas donné à bail l'héritage. Pareillement, le bailleur ou ses successeurs ne seraient pas indemnes, s'ils n'étaient pas payés de tous les arrérages courus depuis le bail, qui doivent leur tenir lieu des fruits qu'ils auraient eus, si le bail n'eût pas été fait.

Loyseau autorise son opinion de l'Ordonnance de 1440, *art.* 20, qui, sans distinguer les tiers détenteurs et les héritiers des preneurs, dit indistinctement que les propriétaires des maisons chargées de rente, seront reçus à y renoncer en les délaissant en l'état qu'elles étaient *au temps de la prise.*

Il se fonde pareillement sur les textes des Coutumes d'Anjou, du Maine, du Poitou, qui ont traité *ex professo* de la matière des exponses ou déguerpissemens : or, ces Coutumes, sans faire aucune distinction entre les héritiers du preneur et les tiers détenteurs, exigent, pour condition du déguerpissement, qu'on paie *tous les arrérages dus et échus*, sans distinguer s'ils sont échus du temps de la possession du déguerpissant, ou auparavant.

Il y a lieu de penser que, dans les Coutumes qui ne s'en sont pas expliquées, on y doit suivre ce sentiment de Loyseau.

149. Mais notre Coutume d'Orléans, *art.* 134, paraît avoir embrassé un sentiment contraire. Elle dit que le tiers détenteur pourra renoncer à l'héritage, *pourvu qu'il ait payé les arrérages du cens et autres redevances qui sont dûes et échues pendant et durant le temps que ledit détenteur aura tenu l'héritage.* Donc, elle ne l'oblige pas à payer ceux échus auparavant : *Inclusio unius est exclusio alterius.*

En doit-on conclure que, dans notre Coutume d'Orléans, le tiers détenteur, qui a acquis à la charge de la rente, et qui déguerpit, n'est pas non plus tenu des dégradations survenues dans l'héritage, par le fait ou la faute de ses auteurs, avant son acquisition ? Je ne le pense pas; car c'est un principe que le bailleur ou son successeur, à qui le déguerpissement est fait, doit être rendu indemne. Il faut donc lui rendre l'héritage en aussi bon état qu'il était au temps du bail : il ne serait pas indemne, si le déguerpissant, pour les dégradations faites avant son acquisition, pouvait le renvoyer contre ceux qui les ont faites, que souvent on ne connaît plus. Si notre Coutume n'assujettit pas le tiers détenteur qui déguerpit, à payer les arrérages courus avant son acquisition, c'est qu'il a paru à notre Coutume qu'en cela il ne fait pas de tort au créancier de la rente, à qui il était facile de se faire payer par ceux qui les devaient; que c'est la faute de ce créancier de ne s'en être pas fait payer, et que *quod quis culpâ suâ damnum sentit, non videtur sentire.* Mais il ne lui était pas également facile d'empêcher les dégradations faites par les prédécesseurs du déguerpissant.

150. Il nous reste une question au sujet du tiers détenteur qui a acquis à la charge de la rente, qui est de savoir, si ce détenteur, qui,

pour déguerpir, a été obligé de réparer les dégradations faites par ses auteurs, a recours contre ceux qui les ont faites, pour en être par eux acquitté. Loyseau, *chap.* 4, *n.* 20, tient la négative. La raison est, que l'héritage lui a été vendu dans l'état qu'il était lors du contrat. L'héritage lui ayant été vendu à la charge de la rente, le déguerpissement, qu'il en a fait pour s'en décharger, est volontaire; les conditions de ce déguerpissement sont des charges auxquelles il s'est volontairement soumis, et dont son vendeur ne s'est pas obligé de le garantir.

Il n'en est pas de même des arrérages de la rente courus avant son acquisition, et qu'il a payés. Son vendeur, en le chargeant de la rente, ne l'en a chargé que pour l'avenir; il est tenu de l'acquitter des arrérages du passé, quand même il n'aurait pas déguerpi.

151. Loyseau propose encore cette question: Dans les Coutumes qui requièrent, pour condition du déguerpissement, le paiement de tous les arrérages, même de ceux courus et échus avant la possession du détenteur qui déguerpit, si le créancier de la rente a accepté le déguerpissement, sans se faire payer desdits arrérages, conserve-t-il l'action pour les demander, non seulement contre les auteurs de ce détenteur, qui en sont personnellement tenus, lesdits arrérages ayant couru de leur temps, mais même contre le détenteur qui a déguerpi? Loyseau, voyez *chap.* 9, *n.* 7, décide pour l'affirmative. La raison est, que, les Coutumes ayant obligé le détenteur à payer lesdits arrérages, lorsqu'il veut déguerpir, il s'est, en déguerpissant, soumis à cette condition, et il a contracté l'obligation de les payer. Le créancier, en acceptant le déguerpissement, sans s'en faire payer, ne doit pas être censé, pour cela, l'en avoir déchargé, mais plutôt lui avoir accordé terme pour les payer, personne ne devant être facilement présumé vouloir donner et remettre ce qui lui est dû. Il est vrai que le créancier aurait fait prudemment, s'il en eût fait réserve; mais un défaut de réserve n'emporte pas remise de ce qui est dû. Voyez *notre Traité des Obligations*, *n.* 613.

152. Tout ce que nous avons dit, dans cet article, du tiers détenteur, qui a acquis à la charge de la rente, doit s'appliquer à celui, qui, ayant acquis sans charge ni connaissance de la rente, s'y est, depuis, volontairement soumis par un titre nouvel qu'il en a passé.

ARTICLE VI.

A quoi est obligé le tiers détenteur qui déguerpit, lorsqu'il n'a pas eu connaissance de la rente.

153. Il faut, à l'égard de ce détenteur, distinguer deux cas: le premier est celui auquel il n'a pas eu connaissance de la rente, jusqu'au temps de la demande donnée contre lui; le second, celui auquel la connaissance de la rente lui est survenue depuis son acquisition, et avant la demande.

§ I. PREMIER CAS.

Lorsque le tiers détenteur, assigné pour reconnaître la rente dont son héritage est chargé, produit son contrat d'acquisition, par lequel il n'est pas chargé de la rente, et qu'on ne peut d'ailleurs lui justifier qu'il en ait eu connaissance, ni lors du contrat, ni même depuis, il est réputé avoir eu, jusqu'au temps de la demande donnée contre lui, un juste sujet de croire que l'héritage lui appartenait, sans aucune charge de la rente, et, en conséquence, avoir eu, en sa qualité de possesseur de bonne foi, le droit de percevoir les fruits sans aucune déduction de la rente. C'est par cette raison, que les Coutumes l'admettent à déguerpir l'héritage, sans payer les arrérages de la rente, même ceux de son temps; *Paris*, *art.* 102; *Orléans*, *art.* 409, *etc.*

154. Par la même raison, il peut déguerpir l'héritage en l'état auquel il se trouve, sans qu'il soit tenu des dégradations, quand même elles procéderaient de son fait: car il a pu mésuser d'un héritage, dont il croyait de bonne foi avoir la pleine propriété: *Quia quasi rem suam neglexit, nulli querelæ subjectus est*; *l.* 31, § 3, *ff. de hered. petit.*

Néanmoins, si ces dégradations étaient des dégradations dont il eût profité, comme s'il avait abattu des futaies pour les vendre, s'il avait démoli des bâtimens dont il eût vendu les matériaux, il serait tenu de rendre les sommes dont il a profité.

155. Ces décisions doivent avoir lieu dans les Coutumes qui ne s'en sont pas expliquées, même dans celles qui disent indistinctement que celui, qui déguerpit, doit payer les arrérages, et remettre l'héritage en bon état; car elles doivent s'entendre du déguerpissement que quelqu'un fait pour se libérer de l'obligation qu'il a déjà contractée de payer la rente à la charge de laquelle ou avec la connaissance de laquelle il a acquis l'héritage, ou à la prestation de laquelle il s'est soumis par un titre nouvel; non du déguerpissement qui se fait pour éviter de contracter cette obligation; *Loyseau*, v, 4, 11.

156. Il n'est pas douteux que le détenteur, qui produit son contrat d'acquisition, par lequel il n'a pas été chargé de la rente, est réputé n'en avoir pas eu connaissance, si on ne le lui justifie.

Mais si le détenteur, qui prétend n'avoir pas été chargé et n'avoir pas eu connaissance de la rente, n'avait pas, par-devers lui, son contrat, suffirait-il qu'il offrît d'affirmer qu'il ne l'a pas, et que ce n'est point par dol qu'il a cessé de l'avoir, pour être cru à dire qu'il n'a pas eu connaissance de la rente, et, en conséquence, être admis à déguerpir sans payer les arrérages? Loyseau, v, *chap.* 10, *n.* 15, ne décide pas la question, et dit qu'elle fait difficulté. Je ne croirais pas qu'il dût y être admis : car la Coutume, ayant accordé cette faculté de déguerpir au débiteur qui a acquis *sans charge de la rente*, c'est à ce débiteur, qui veut user de cette faculté, à prouver, par le rapport de son titre d'acquisition, qu'il est dans le cas de la Coutume. Si le titre, par lequel l'acquéreur n'est pas chargé de la rente, établit sa bonne foi, le défaut de titre doit, au contraire, faire soupçonner sa mauvaise foi.

157. Pour que le tiers détenteur de bonne foi soit dispensé, en déguerpissant, du paiement des arrérages et de la réparation des dégradations, il faut qu'il déguerpisse *avant contestation en cause*; Paris, *art.* 102; Orléans, *art.* 412.

Est-il pareillement nécessaire qu'il ait auparavant sommé en garantie son vendeur, qui lui a vendu l'héritage, sans déclarer la rente dont il est chargé? La raison de douter est, que les Coutumes, aux articles ci-dessus cités, disent, *après qu'il a sommé le garant, lequel lui défaut de garantie.* Néanmoins Loyseau, *liv.* 5, *chap.* 1, *n.* 25; *chap.* 10, *n.* 2, décide fort bien que le déguerpissement est valablement fait, quoique le détenteur n'ait pas sommé on garantie son vendeur. Cette sommation est tout-à-fait étrangère au créancier : il n'y a point d'intérêt, et ne peut en opposer le défaut au détenteur qui a déguerpi. Les Coutumes, par ces termes, *après qu'il a sommé, etc.*, n'ont pas entendu prescrire au déguerpissant une condition pour rendre son déguerpissement valable, mais seulement lui donner un conseil. En effet, le détenteur a grand intérêt d'appeler son garant avant le déguerpissement : car, si après avoir fait son déguerpissement, qui a été accepté par le créancier de la rente, le détenteur assigne son vendeur en garantie aux fins de restitution du prix de l'héritage, et de ses dommages et intérêts, le vendeur pourra lui opposer qu'il a déguerpi mal à propos l'héritage, qu'il soutiendra valoir beaucoup plus que la rente. Si, faute de vous avoir déclaré la rente, lui dira le vendeur, il y a lieu à la résolution du contrat, et si je suis, en conséquence, tenu de vous rendre le prix, vous êtes, de votre côté, tenu de me rendre l'héritage; et, faute par vous de me le rendre, vous étant mis, par votre fait, hors d'état de pouvoir me le rendre en le déguerpissant sans m'appeler, vous ne pouvez plus demander la résolution du contrat, mais seulement le *quantò minoris*, c'est-à-dire, la somme qu'on estimera que cet héritage valait de moins, par rapport à la charge de la rente, qu'il n'a été vendu.

158. Lorsque le détenteur ne déguerpit qu'après la contestation en cause, la Coutume de Paris, *art.* 103, et celle d'Orléans, *art.* 409, l'obligent à payer tous les arrérages courus depuis le temps de sa détention; non pas néanmoins absolument, mais seulement jusqu'à concurrence des fruits qu'il a perçus. C'est une peine de sa mauvaise contestation.

159. Quoique nos Coutumes ne se soient pas expliquées sur les dégradations de son temps, néanmoins, comme l'observe fort bien Loyseau, il doit être tenu, tant desdites dégradations que des arrérages, jusqu'à concurrence des fruits qu'il a perçus; l'esprit de ces Coutumes étant, qu'en peine de sa mauvaise contestation, il ne puisse rien retenir des fruits aux dépens du créancier de rente foncière.

160. Il y a contestation en cause par le premier appointement au réglement qui intervient après les défenses fournies; Paris, *art.* 140; Orléans, *art.* 411; *Ordonnance de* 1667, *tit.* 14, *art.* 13. Lorsque l'instance, depuis la contestation, est tombée en péremption, c'est comme s'il n'y avait pas eu de contestation en cause; car la péremption détruit tout l'effet de l'instance.

161. Si l'acquéreur, qui ne déguerpit qu'après contestation en cause, est tenu de tous les arrérages de son temps jusqu'à la concurrence des fruits, à plus forte raison en est tenu celui qui ne déguerpit qu'après la sentence définitive qui l'a condamné à reconnaître la rente : ce qui a lieu quand même cette sentence n'aurait été précédée d'aucun appointement d'instruction, la cause étant, en ce cas, contestée en même temps qu'elle est définitivement jugée.

162. Loyseau va plus loin : il soutient, *liv.* 5, *chap.* 11, *n.* 13 *et suiv.*, que celui, qui ne déguerpit qu'après la sentence, est tenu de tous les arrérages de son temps, non pas seulement comme celui qui déguerpit après la contestation, lequel n'en est tenu que jusqu'à concurrence des fruits qu'il a perçus; mais qu'il en est tenu absolument, parce que la condamnation le rend débiteur personnel de ces arrérages, *quùm in judiciis quasi contrahamus, et ex judicio obligemur.*

Ce sentiment de Loyseau n'a pas été suivi. Bacquet, en son Traité des Droits de Justice, *chap.* 21, *n.* 201, rapporte deux arrêts, qui ont jugé le tiers détenteur recevable à déguerpir,

après un arrêt de condamnation, sans être tenu des arrérages, en comptant des fruits. Bouguier en rapporte un semblable, rendu *consultis classibus* : Voyez *Lalande, sur l'art.* 410. La réponse à la raison de Loyseau est, que le détenteur, étant condamné en sa qualité de détenteur, est censé condamné à reconnaître la rente, et à en payer les arrérages, sous l'alternative, *si mieux il n'aime délaisser l'héritage*, qui doit toujours être sous-entendue dans le jugement de condamnation.

163. Lorsque la sentence de condamnation a été rendue par défaut contre le détenteur qui y a été depuis reçu opposant, cette sentence étant détruite par l'opposition, c'est comme si elle n'avait point été rendue. C'est pourquoi, si elle n'a été précédée d'aucun appointement d'instruction, le déguerpissement, fait depuis cette sentence, sera censé fait avant contestation.

§ II. SECOND CAS.

164. Lorsque le tiers détenteur a acquis sans charge de la rente, et sans en avoir en connaissance, lors de son acquisition; si cette connaissance lui est survenue depuis, avant la demande donnée contre lui, il est incontestable que, depuis le temps que cette connaissance lui est survenue, il n'a pu posséder l'héritage qu'à la charge de la rente; qu'il en doit les arrérages depuis ce temps, et qu'il ne peut être reçu à déguerpir l'héritage sans les payer.

Loyseau va plus loin, *liv.* 5, *chap.* 10, *n.* 26 : il prétend que ce détenteur, lorsqu'il déguerpit, est tenu de payer tous les arrérages, non seulement depuis que la connaissance de la rente lui est survenue, mais même tous ceux courus depuis sa détention : car, dit Loyseau, si la contestation en cause, qui n'est que *ficta mala fides*, oblige celui qui a déguerpi après avoir contesté, à payer tous les arrerages depuis sa détention, au moins jusqu'à la concurrence des fruits qu'il a perçus, *à fortiori* la connaissance qui lui est survenue de la rente, connaissance *quæ est vera mala fides*, doit-elle l'obliger au paiement de tous les arrérages. Elle doit même, suivant Loyseau, l'y obliger absolument, et non pas seulement jusqu'à la concurrence des fruits : car la mauvaise foi, en laquelle il a été constitué par la connaissance qui lui est survenue, et qu'il a dissimulée, doit avoir, à cet égard, plus d'effet que la mauvaise foi qui n'est que feinte, et qui ne résulte que de la litiscontestation. Ce sentiment de Loyseau ne me paraît pas suffisamment fondé. Il me semble qu'on peut répondre que, si le détenteur, qui ne déguerpit qu'après la litiscontestation, est tenu de payer tous les arrérages depuis sa détention, jusqu'à concurrence des fruits, ce n'est pas parce que la litiscontestation est *ficta mala fides*, cette raison seule ne devant l'obliger qu'au rapport des fruits du jour de la demande; mais c'est en punition de la téméraire contestation : or les peines ne doivent pas être étendues hors du cas pour lequel elles ont été prononcées.

165. Il reste à observer que la connaissance de la rente, pour obliger le détenteur à la payer, doit être bien plus formelle, lorsqu'elle ne survient que depuis son acquisition, que lorsqu'il l'avait avant son acquisition; car, en ce cas, il devait s'en éclaircir avant que d'acquérir. Mais, ayant une fois acquis de bonne foi sans aucune connaissance de la charge de la rente, il n'est pas obligé de s'y soumettre, à moins qu'on ne la lui fasse connaître bien clairement.

La copie, que le créancier de la rente a donnée de ses titres, en tête d'une demande qu'il a faite contre le détenteur, et qu'il a depuis laissé tomber en péremption, n'est pas censée avoir donné au détenteur une suffisante connaissance de la rente : car il a eu sujet de croire qu'il y avait quelque défaut dans ces titres, et que la demande n'était pas fondée, puisque le demandeur l'a abandonnée; *Loyseau, liv.* 5, *chap.* 1, *n.* 27 *et* 28.

ARTICLE VII.

De l'effet du déguerpissement.

§ I. DE L'EFFET DU DÉGUERPISSEMENT A L'ÉGARD DE CELUI QUI DÉGUERPIT.

166. Le déguerpissement opère la résolution du bail à rente. Par le bail, le bailleur avait aliéné et transféré au preneur et à tous ses successeurs, tant à titre singulier qu'à titre universel, le droit de propriété de l'héritage baillé à rente, à la charge de la rente imposée par le bail sur ledit héritage. Le déguerpissement, par l'abandon que le déguerpissant fait de l'héritage, éteint ce droit de propriété, et l'aliénation que le bailleur en avait faite; il éteint, en conséquence, la rente à la charge de laquelle l'héritage avait été baillé.

167. Le déguerpissement n'opère la résolution du bail à rente que pour l'avenir : il n'en opère pas la rescision et l'anéantissement, et il n'empêche pas qu'il ne paraisse avoir subsisté pour le passé. C'est pourquoi, les profits seigneuriaux, auxquels le bail à rente a donné ouverture, sont dus, quoique le preneur ait déguerpi.

168. L'effet du déguerpissement n'est pas seulement de libérer de la rente foncière celui qui déguerpit; il fait revivre les droits de servitudes ou d'hypothèques que le déguerpissant avait dans l'héritage déguerpi, lors du bail ou de l'acquisition qu'il a faite de l'héritage.

Cette décision ne souffre pas de difficulté, lorsque celui qui déguerpit, est un tiers détenteur, qui a acquis sans la charge de la rente. La demande donnée contre lui, pour reconnaître la rente sur laquelle il a fait le déguerpissement, renfermant une éviction, l'acquisition, qu'il a faite de l'héritage, n'a pas été une acquisition irrévocable, et n'a pu produire une confusion irrévocable des droits qu'il avait dans l'héritage.

Il y a plus de difficulté, lorsque le déguerpissement est fait par le preneur ou par un acquéreur qui a acquis à la charge de la rente; leur déguerpissement est purement volontaire, et ne peut passer pour une éviction. On ne peut pas dire que l'acquisition, qu'ils ont faite de l'héritage, n'ait pas été irrévocable, puisqu'il n'a tenu qu'à eux de le retenir sous les conditions sous lesquelles ils l'ont acquis, et, par conséquent, elle a dû opérer une confusion irrévocable des droits qu'ils avaient dans l'héritage.

Néanmoins Loyseau, VI, 4, décide indistinctement, à l'égard de tous ceux qui déguerpissent, soit qu'ils soient preneurs, soit qu'ils soient tiers détenteurs à la charge ou sans charge de la rente, que leur déguerpissement fait revivre les droits réels, qu'ils avaient dans l'héritage lors de l'acquisition qu'ils en ont faite. Il prétend que, par l'acquisition, quelque parfaite et irrévocable, que quelqu'un fait d'un héritage, il se fait une suspension plutôt qu'une extinction absolue des droits réels qu'il y avait, et que les règles, ***Nemini res suo servit, Nemini res sua pignori esse potest,*** sur lesquelles on veut établir la confusion desdits droits, doivent s'entendre en ce sens, ***quandiù est sua.***

Pour éclaircir ce principe de Loyseau, on peut dire que, lorsque j'acquiers un héritage, dans lequel j'ai quelque droit réel, comme de servitude ou de rente foncière, ce droit, que j'avais, s'éteint à la vérité, quant à la forme qu'il avait de droit de servitude, ou de droit de rente foncière, ne pouvant avoir ce droit sous cette forme dans ma propre chose; mais le fond de ce droit subsiste dans une autre forme, savoir, comme étant devenu une partie du droit de domaine, que j'ai acquis de cet héritage, auquel droit de domaine s'est réuni ce droit que j'y avais.

Par exemple, si j'avais un droit de rente foncière de 10 liv. sur votre héritage, et que vous m'ayez fait bail de cet héritage pour 20 liv. de rente, le droit de 10 liv. de rente, que j'y avais, ne peut plus subsister en sa forme de rente foncière. Je ne perds pas néanmoins ce droit, que j'avais; il ne fait que changer de forme : car je conserve le droit, que j'avais, de tirer de cet héritage 10 liv. par chacun an, non pas, à la vérité, comme une rente, ni à titre de rente, mais *jura dominii*. Le droit de domaine, que vous aviez, et que j'ai acquis de vous par le bail à rente que vous m'avez fait, ne renfermait que le droit de percevoir l'utilité de cet héritage, sous la déduction de 10 liv. par chacun an de rente, dont il était déjà chargé envers moi. Si, depuis le bail, j'ai droit de percevoir ces mêmes 10 liv. par an avec le surplus, ce n'est pas en vertu du droit que j'ai acquis par le bail, qui ne renfermait pas celui de percevoir ces 10 liv., mais en vertu du droit que j'avais dès auparavant, lequel, de droit de rente foncière qu'il était, s'est transformé en droit de domaine, en se réunissant au droit de domaine que j'ai acquis par ce bail. C'est pourquoi, lorsque je déguerpis l'héritage, ne devant déguerpir que ce que j'ai acquis par le bail, je ne dois le déguerpir que sous la déduction de 10 liv. par an que j'avais droit d'y percevoir avant le bail, lequel droit devenant séparé du droit de domaine, que j'abdique par le déguerpissement, reprend sa première forme de droit de rente foncière qu'il avait avant le bail.

Contre le principe de Loyseau, qui est que ces règles, ***Res sua nemini servit, Res sua nemini pignori esse potest,*** doivent s'entendre en ce sens, ***quandiù est sua,*** on opposera que les droits de rente, de servitude ou d'hypothèque, que j'avais dans un héritage, dès avant que de l'acquérir, ne revivent pas lorsque je l'aliène. La réponse est, que, lorsque j'aliène un héritage, soit à titre de vente, soit à titre de donation, soit à quelque autre titre que ce soit, j'entends transférer à l'acheteur, ou au donataire, tout le droit que j'y ai, lors de l'aliénation que j'en fais, sans en rien retenir : je ne dois donc pas retenir, en ce cas, les droits que j'y avais avant mon contrat d'acquisition. Mais, lorsque je le déguerpis, je ne suis censé renoncer qu'au droit que j'y ai acquis par le bail qui m'en a été fait, et je dois, par conséquent, retenir les droits que j'y avais avant le bail.

On oppose encore, contre le principe de Loyseau, la loi 17, ff. ***quib. mod. usufr. amitt.,*** qui, même dans le cas d'une résolution nécessaire du droit de propriété d'un héritage, qu'avait acquis celui qui en avait auparavant l'usufruit, décide que le droit d'usufruit, qu'il avait avant son acquisition, ne revit pas. Loyseau répond fort bien que la décision de cette loi est particulière pour le droit d'usufruit, qui, par le droit romain, se perdait facilement; et Dumoulin enseigne que cette loi ne doit pas être suivie parmi nous.

On ne peut pas non plus tirer argument contre le principe de Loyseau, de la loi 17, ff. ***de his quæ ut indig. aufer.,*** la décision de cette loi étant en haine de l'indignité de l'héritier.

169. Il reste à observer que les droits, qu'avait le déguerpissant dans l'héritage qu'il déguerpit, et qui revivent par son déguerpissement, ne sont sujets à aucune prescription, pendant tout le temps de la possession de ce déguerpissant, pendant laquelle ils ont été confondus, ou plutôt suspendus; car il ne pouvait, dans ce temps, agir contre lui-même, *et contra non valentem agere non currit præscriptio*. D'ailleurs, il jouissait de ces droits, quoique sous une autre forme; Loyseau, *ibid.*, *n. fin.*

§ II. DE L'EFFET DU DÉGUERPISSEMENT A L'ÉGARD DE CELUI A QUI IL EST FAIT.

170. Le déguerpissement n'est pas une cession; c'est un simple abandon de l'héritage, que celui, qui le fait, dénonce judiciairement au créancier de rente foncière.

C'est pourquoi le déguerpissement ne transfère pas *per se*, au créancier de rente foncière, la propriété de l'héritage déguerpi; mais il lui donne seulement la faculté d'y rentrer, et d'en recouvrer la propriété, que lui ou ses auteurs avaient avant le bail, s'il veut accepter le déguerpissement.

171. Ce n'est que par l'acceptation, que le créancier de la rente foncière fait du déguerpissement, qu'il acquiert le droit de rentrer dans l'héritage déguerpi. C'est pourquoi, avant cette acceptation, il est au pouvoir de celui qui a déguerpi, de signifier une révocation de son déguerpissement, et de reprendre son héritage; *Loyseau*, VI, *ch.* 1, *n. fin.*

172. Jusqu'à ce que le créancier de rente foncière ait accepté le déguerpissement, et soit rentré dans l'héritage qui lui a été déguerpi, cet héritage déguerpi est un bien qui n'a pas encore de maître. Ce créancier n'en est pas encore redevenu le propriétaire; mais il a le droit de le redevenir; et ce droit, qu'il a, de rentrer dans l'héritage déguerpi, suffit pour que l'héritage, même avant qu'il y soit effectivement rentré, ne puisse être considéré comme un bien absolument vacant, et pour empêcher le seigneur haut justicier de pouvoir, en conséquence, s'en emparer, au préjudice du créancier de la rente foncière, quand même il offrirait de se charger de la rente.

173. Le déguerpissement n'est pas, à l'égard du créancier de rente foncière, à qui il a été fait, et qu'il l'a accepté, un titre d'acquisition, et il ne donne pas, par conséquent, ouverture aux droits seigneuriaux. Le créancier, en acceptant le déguerpissement, rentre dans l'héritage par la résolution de l'aliénation que lui, ou ceux aux droits desquels il est, en avaient faite, plutôt qu'il ne l'acquiert. De là, il suit que les gens de mainmorte, qui sont rentrés dans un héritage qui leur a été déguerpi, pour une rente foncière qu'ils s'y étaient retenue lorsqu'ils l'ont baillé à rente, ne peuvent, pour raison de ce, être contraints par le seigneur de qui l'héritage relève, d'en vider leurs mains, ni d'en payer indemnité; car, en y rentrant, ce n'est pas une nouvelle acquisition qu'ils font de cet héritage. Il suit pareillement de là qu'ils ne contreviennent point à l'édit de 1749, en rentrant dans les héritages qu'on leur déguerpit.

174. Lorsque celui, qui a déguerpi, n'était possesseur que d'une partie de l'héritage baillé à rente, le créancier de la rente, qui a accepté le déguerpissement, et qui est rentré dans cette partie de l'héritage, fait extinction de la rente pour une partie proportionnée à la partie de l'héritage dans laquelle il est rentré. Par exemple, si un héritage de cent arpens a été baillé à rente à quatre preneurs pour 100 livres de rente, et que l'un des preneurs ait déguerpi les vingt-cinq arpens qu'il possédait, qui font le quart de l'héritage, le créancier de rente foncière, en rentrant dans la partie déguerpie, aura éteint la rente pour un quart, et il n'en sera dû par les trois autres que 75 liv.

175. En seront-ils tenus solidairement? J'ai trouvé les avis partagés sur cette question. Il y en a qui pensent que le créancier, qui rentre dans la portion qui lui est déguerpie, perd entièrement la solidité contre les détenteurs des autres portions, et qu'il ne peut plus demander à chacun d'eux la rente, que pour la portion dont ils étaient chacun tenus entre eux. Par exemple, dans l'espèce proposée, le créancier, qui est rentré dans le quart de l'héritage sujet à la rente, qui lui a été déguerpi, ne pourra plus, suivant cette opinion, demander que le quart de sa rente à chacun des trois autres détenteurs, qui possèdent chacun le quart de l'héritage baillé à rente.

Je pense, au contraire, que le créancier peut, en ce cas, agir solidairement contre chacun des trois autres détenteurs, sous la déduction seulement du quart dont était tenu celui qui a déguerpi sa portion; comme aussi, dans le cas où quelqu'une des autres portions se trouverait caduque, sous la déduction de la part, dont celui, qui a déguerpi, aurait été tenu de la caducité de cette portion. La raison de mon opinion est, que les autres détenteurs ne peuvent prétendre autre chose, sinon que l'acceptation, que le créancier a faite de la portion, qui lui a été déguerpie, ne leur préjudicie pas, et que leur condition soit la même, et ne soit pas plus mauvaise qu'elle n'eût été, si le déguerpissement n'eût pas été fait. Or, il suffit, pour cela, que le créancier, en agissant solidairement contre chacun d'eux, leur fasse les déductions susdites:

car, quand même le déguerpissement n'eût pas été fait, quand même celui, qui a déguerpi le quart qu'il avait dans l'héritage, en serait encore détenteur, chacun des autres détenteurs, en payant le total de la rente, et en se faisant subroger aux droits du créancier, n'aurait pas eu, contre ce déguerpissant, un recours solidaire, mais seulement pour son quart, et pour la part qu'il eût dû porter des caducités, s'il s'en fût trouvé quelqu'une, comme nous l'avons établi *suprà*, *n*. 89. Le créancier, en agissant solidairement contre chacun des autres détenteurs, sous la déduction desdites parts, ne leur fait donc aucun tort. Par la déduction qu'il leur fait, il les indemnise parfaitement du recours que le déguerpissement leur a fait perdre; ce qui doit leur suffire : car, si le déguerpissement ne doit pas rendre leur condition plus mauvaise, il ne doit pas non plus la rendre meilleure au préjudice des droits du créancier.

Ce principe sert à répondre à toutes les raisons, aur lesquelles se fondent ceux qui prétendent que le créancier, en rentrant dans la portion qui lui a été déguerpie, ou en acquérant cette portion, à quelque titre que ce soit, perd entièrement la solidité contre les autres détenteurs des autres portions. Ils disent, 1° que le créancier ne peut, en rentrant dans cette portion, rendre la condition des détenteurs des autres portions plus mauvaise. Nous convenons du principe; mais nous venons d'établir que, pour qu'elle ne fût pas plus mauvaise, il n'était pas besoin de priver le créancier entièrement de son droit de solidité, et qu'il suffisait que le créancier, en agissant solidairement, fît les déductions que nous avons ci-dessus expliquées. Ils disent, 2° que, le créancier n'ayant le droit de solidité contre chacun des détenteurs, qu'à la charge de céder ses actions contre les autres détenteurs, il ne peut plus l'avoir, lorsque, par son fait, en rentrant dans la portion déguerpie, il s'est mis hors d'état de pouvoir céder ses actions pour cette portion, et a privé celui, contre qui il agit solidairement, du recours qu'il devrait avoir sur cette portion en payant le total. La réponse est, que cela ne doit obliger le créancier qu'à indemniser ce détenteur, du recours que lui avait procuré la cession des actions sur la portion dans laquelle le créancier est rentré. Or, il en est suffisamment indemnisé par les déductions que nous avons dit que le créancier devait, en ce cas, lui faire; et rien ne doit empêcher le créancier de pouvoir demander, sous ces déductions, à chacun des autres détenteurs, le total des arrérages qui lui sont dus, chacun d'eux en étant débiteur personnel pour le total.

Cette question, que nous venons de proposer, dans le cas auquel le créancier de la rente est rentré dans une portion de l'héritage sujet à la rente qui lui a été déguerpie, peut être pareillement proposée, dans tous les cas auxquels le créancier de la rente serait devenu, de quelque manière que ce soit, propriétaire de quelque portion de l'héritage sujet à la rente, soit par succession, soit par acquisition à titre singulier; et elle doit, dans tous les cas, être décidée de la même manière, y ayant parité de raison.

176. Le créancier de la rente, à qui l'un des possesseurs a déguerpi la portion de l'héritage qu'il possédait, peut, en refusant ce déguerpissement, conserver sa rente entière contre les autres possesseurs qui n'ont pas déguerpi. Il doit, pour cela, leur dénoncer le déguerpissement qui lui a été fait, et le refus qu'il fait de l'accepter, et leur déclarer qu'il les subroge en ses droits, pour qu'ils se mettent en possession de la partie déguerpie, dans laquelle chacun d'eux doit avoir une portion proportionnée à la part dont ils sont tenus entre eux de la rente.

177. Lorsque le déguerpissement est de tout l'héritage qui a été baillé à rente, le créancier de la rente, à qui il est fait, peut encore quelquefois avoir intérêt de ne le pas accepter; savoir, lorsqu'il y a d'autres charges plus anciennes que la rente pour laquelle il est déguerpi, auxquelles le créancier, à qui il est déguerpi, ne peut pas devenir sujet.

Au reste, quoique le créancier de la rente n'accepte pas le déguerpissement qui lui est fait, il ne laisse pas d'être valable vis-à-vis de lui, et de décharger le déguerpissant de la rente dont il était tenu envers lui.

178. Lorsqu'il y a plusieurs créanciers de la rente, auxquels le déguerpissement est fait, et qu'ils l'acceptent tous, chacun d'eux rentre dans l'héritage pour la même portion qu'il a dans la rente.

Si quelqu'un d'eux refuse, sa portion accroît pour les mêmes portions à ceux qui l'acceptent.

179. Lorsque l'héritage est chargé de plusieurs rentes foncières, si le déguerpissement se fait sur la poursuite du créancier de l'une desdites rentes, ce créancier est préféré pour rentrer dans l'héritage déguerpi, en se chargeant des autres rentes, quand même sa rente ne serait pas la plus ancienne; *Ordonnance de* 1441, *art.* 32; Loyseau, VI, *chap.* 1, *n.* 15 *et suiv.*

Si c'était sur les poursuites de différens créanciers de différentes rentes, celui des poursuivans, dont la rente serait la plus ancienne, devrait être préféré; *Ordonnance de* 1441, *art.* 33; Loyseau, *ibid.*

180. Lorsque le déguerpissement est un déguerpissement volontaire, fait aux créanciers de plusieurs rentes foncières dont l'héritage est

chargé, le créancier de la plus ancienne doit être préféré pour rentrer dans l'héritage déguerpi : mais le créancier de la dernière peut lui déférer le choix, et lui dire : En rentrant dans l'héritage, ou chargez-vous envers moi de ma rente, en laissez-moi l'héritage, et je vous continuerai la vôtre.

Si le déguerpissement n'avait été fait qu'au créancier de la dernière rente, il pourrait, à l'exclusion des créanciers des plus anciennes rentes, auxquels le déguerpissement n'a pas été fait, rentrer dans l'héritage, en se chargeant des rentes qui leur sont dues.

§ III. SI LE DÉGUERPISSEMENT A L'EFFET D'OPÉRER LA RÉSOLUTION DES DROITS DE SERVITUDES OU D'HYPOTHÈQUES, QUE LE PRENEUR OU SES SUCCESSEURS ONT, DEPUIS LE BAIL A RENTE, ACCORDÉS A DES TIERS SUR L'HÉRITAGE DÉGUERPI.

181. Il pourrait sembler que le déguerpissement devrait avoir cet effet : car le déguerpissement opérant la résolution du droit de propriété, que le bail à rente a fait acquérir au preneur et à ses successeurs, il semble que cette résolution du droit du preneur devrait entraîner la résolution des droits de ceux qui ne les tiennent que du preneur ou de ses successeurs, suivant cette maxime, *Soluto jure dantis, solvitur jus accipientis*. Néanmoins, il faut décider avec Loyseau, VI, 3, que les droits de servitudes ou d'hypothèques, imposés sur l'héritage par le preneur ou par ses successeurs, ne sont point éteints par le déguerpissement. C'était aussi le sentiment de Masuer, *Tract. de Locat.*; et la Coutume de la Marche, *art.* 180, en a une disposition. La raison est, que la maxime, *Soluto jure dantis, solvitur jus accipientis*, n'a lieu que lorsque la résolution se fait *ex causâ necessariâ* : mais elle n'a pas lieu lorsqu'elle se fait *ex causâ voluntariâ*, ne devant pas être au pouvoir, ni de celui qui a imposé ces droits sur les héritages, ni de ses successeurs, de les détruire par son fait, et par une résolution volontaire.

Cette distinction a son fondement dans la loi 3, ff. *quib. mod. pign. solv.*, où il est dit que la résolution du contrat de vente, par une condition résolutoire, éteint les hypothèques imposées par l'acheteur sur la chose vendue, lorsque la condition n'était pas au pouvoir de l'acheteur, telle qu'est celle-ci, *nisi melior conditio intra certum diem venditori oblata fuerit;* mais qu'il en est autrement si la condition était au pouvoir de l'acheteur, telle qu'est celle-ci, *nisi emptori res displicuisset*.

C'est suivant cette distinction, qu'on décide, que la résolution du droit du vassal, par la commise pour cause de désaveu ou de félonie, n'éteint pas les servitudes et hypothèques; Voyez notre *Introduction au Titre des Fiefs de la Coutume d'Orléans*, n. 89.

On oppose, contre cette distinction, la loi 31, ff. *de pign. et hypoth.*, qui décide, qu'en cas de commise de l'héritage donné à emphythéose, par défaut de paiement de la redevance, les hypothèques, imposées par l'emphythéote, s'éteignent. La réponse est, que cela a été décidé ainsi, parce qu'il ne tenait qu'à ce créancier de conserver son hypothèque en allant payer la redevance pour l'emphythéote, sauf à la répéter de lui. On peut faire une pareille réponse à l'objection tirée de ce que nos Coutumes décident que le seigneur de fief, pendant la saisie féodale, n'est pas tenu des charges imposées sur le fief par le vassal; car ceux, à qui ces droits appartiennent, ont une voie pour les conserver, qui est de demander au seigneur main-levée de la saisie, en offrant d'acquitter pour le vassal les droits et devoirs dus au seigneur.

182. Le déguerpissement n'opérant pas la résolution des servitudes, hypothèques et autres charges réelles imposées par le preneur ou ses successeurs sur l'héritage déguerpi, si le bailleur, créancier de la rente foncière, à qui l'héritage a été déguerpi, n'a pas, comme il en avait le droit, exigé que le déguerpissant rachète les servitudes qui avaient été imposées sur l'héritage, depuis le bail, et est rentré dans l'héritage, ceux, à qui les droits de servitude appartiennent, pourront exercer les droits de servitude qui leur appartiennent sur l'héritage; et si le bailleur, à qui il a été déguerpi, les en empêche, ils pourront l'assigner pour qu'il soit tenu de souffrir lesdites servitudes. Mais, sur cette demande, le bailleur pourra leur signifier qu'il offre de leur abandonner l'héritage pour les droits de servitude qu'ils y ont, à la charge, par eux, de se charger de la rente pour laquelle l'héritage lui a été déguerpi, ou de se charger de le faire vendre à cette charge, sinon qu'il aura congé de leur demande. Car le preneur en ses successeurs, de qui ils tiennent leurs droits de servitude, n'ayant en de droit, que dans ce que l'héritage pourrait valoir plus que la rente, il ne peut leur avoir accordé aucun droit que dans cette plus-value, n'ayant pas pu leur en accorder plus qu'il n'en avait lui-même.

183. Pareillement, sur la demande des créanciers hypothécaires postérieurs au bail, celui, à qui l'héritage a été déguerpi, peut, en offrant de le leur délaisser, exiger d'eux qu'ils se chargent de le faire vendre, à la charge de la rente pour laquelle il lui a été déguerpi; et, faute par eux de s'en charger, il doit avoir congé de leur demande : car le preneur et ses successeurs n'ayant été propriétaires de l'héritage, que sous la déduction de la rente, ils n'ont pu accorder d'hypothèques que sur cette plus-value.

184. Si, sur la demande d'un créancier hypo-

thécaire, celui, à qui l'héritage a été déguerpi, jugeait à propos de le retenir, et de payer, pour cela, la cause de l'hypothèque, aurait-il recours de garantie contre celui qui lui a fait le déguerpissement? Si la dette, qu'il a acquittée, était une dette, dont celui, qui a fait le déguerpissement, était personnellement tenu, il n'est pas douteux que l'ayant libéré, il aurait recours contre lui pour répéter contre lui la dette qu'il aurait acquittée; ou, si c'était une rente, pour la faire revivre contre lui. Mais, si le déguerpissant n'était pas personnellement tenu de cette dette, qui était celle de ses auteurs, celui, à qui l'héritage a été déguerpi, n'aurait aucun recours; car le déguerpissement n'étant qu'un simple abandon, n'oblige pas le déguerpissant à la garantie; *Loyseau*, VI, 3, *n. fin.*

ARTICLE VIII.

Des clauses qui empêchent le déguerpissement.

185. Le preneur et ses héritiers ne sont pas reçus au déguerpissement, lorsque le preneur, par une clause du bail, a renoncé à cette faculté.

Les clauses, par lesquelles il s'oblige de *fournir et faire valoir la rente*, ou de la payer *à perpétuité*, ou *d'améliorer tellement l'héritage, qu'il puisse toujours valoir la rente et plus*, renferment cette renonciation : *voyez* ce que nous avons dit de ces clauses, *suprà*, chap. 4.

186. Lorsqu'un héritage a été donné à quelqu'un à bail à rente d'une certaine somme, avec la clause qu'il la paierait à un tiers en acquit du bailleur, qui devait à ce tiers une rente de pareille somme; s'il est ajouté que le preneur s'oblige d'en acquitter et indemniser le bailleur, le preneur est censé, en ce cas, avoir contracté une obligation personnelle d'acquitter de cette rente le bailleur; obligation qui l'exclut de déguerpir; *Loyseau*, IV, *chap.* 5, *n.* 19 *et* 20.

187. Il n'en est pas de même des clauses, par lesquelles il est simplement dit que le preneur s'oblige à payer la rente, ou bien à la payer *tant qu'elle aura cours*. Quand même il serait ajouté que le preneur a *à ce obligé tous ses biens*, le preneur n'est censé, par ces clauses, s'obliger au paiement de la rente, que suivant la nature du contrat, et tant qu'il sera possesseur de l'héritage : et il n'est point privé de la faculté de s'en libérer par le déguerpissement. Notre Coutume d'Orléans, *art.* 412, et plusieurs autres le décident expressément.

Pareillement, la clause d'entretenir l'héritage en bon état *simpliciter*, ou même avec cette addition, *de manière que la rente soit facilement payée*, est une clause qui n'exprime que ce qui est de droit commun, et qui n'exclut pas le déguerpissement. Il ne faut pas la confondre avec celle qui a été ci-dessus rapportée; *Loyseau*, IV, 12, *n.* 15 *et* 16.

188. La clause, par laquelle le preneur s'est obligé de faire une certaine amélioration à l'héritage, *putà*, de planter une certaine quantité de terres en vignes, de construire un bâtiment, etc., empêche le preneur et ses héritiers de déguerpir, jusqu'à ce qu'ils se soient acquittés de cette obligation, ou qu'ils en soient libérés. Ils ne seront pas recevables, pour être admis à déguerpir, à offrir de payer le prix desdites améliorations. En vain allèguerait-on en leur faveur ce principe de droit, que, dans les obligations *quæ in faciendo consistunt*, on ne peut contraindre précisément le débiteur à faire ce qu'il s'est obligé de faire, et que, faute par lui de le faire, l'obligation se résout en celle d'une somme d'argent, à laquelle s'évaluent les dommages et intérêts résultans de l'inexécution de cette obligation : car ce principe n'a lieu que lorsque le débiteur est poursuivi par voie d'action pour accomplir son obligation, et non lorsqu'on la lui oppose par voie d'exception.

Au reste, cette clause n'exclut pas, comme les précédentes, à perpétuité, le preneur de la faculté de déguerpir, mais seulement jusqu'à ce qu'il se soit acquitté de l'obligation qu'elle renferme; *voyez* ce que nous avons dit sur cette clause, *suprà*, *chap.* 4, *sect.* 1, § 5.

189. Toutes ces clauses ne privent de la faculté de déguerpir, que le preneur et ses héritiers : elles ne peuvent pas être opposées à un tiers détenteur, qui, n'ayant succédé au preneur à l'héritage qu'à titre singulier, n'est point tenu de ses obligations personnelles. C'est pourquoi, il n'est pas douteux que, nonobstant ces clauses, ce tiers détenteur peut se libérer à l'avenir de la rente, en déguerpissant. Mais si le créancier de la rente ne veut pas recevoir le déguerpissement, il peut le dénoncer au preneur ou à ses héritiers, lesquels, sur cette dénonciation, seront condamnés à continuer la rente au créancier, à la charge, par ledit créancier, de les subroger en ses droits pour rentrer dans l'héritage déguerpi.

Cette décision a lieu, quand même ce tiers détenteur aurait acquis expressément *à la charge de la rente*: Mais s'il avait promis d'acquitter le preneur *des obligations portées au bail à rente*, il serait exclu du déguerpissement; *celeritate conjungendarum actionum*; Orléans, *art.* 413.

SECTION III.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT LES RENTES FONCIÈRES S'ÉTEIGNENT.

Il est évident que les rentes foncières s'éteignent par la rescision du bail par lequel la rente

a été créée, même par la simple résolution de ce bail, telle que celle qu'opère le déguerpissement. Nous en avons traité dans les sections précédentes.

Elles s'éteignent aussi par la destruction de l'héritage qui en est chargé, et de plusieurs autres manières.

§ I. DE LA DESTRUCTION DE L'HÉRITAGE CHARGÉ DE LA RENTE.

190. La rente foncière s'éteint par la destruction de l'héritage qui en était chargé, quand cette destruction survient par quelque force majeure.

Il est évident que cette destruction opère pour l'avenir l'entière résolution du bail à rente. L'héritage n'existant plus, l'obligation, que le bailleur a contractée par le bail, de le garantir au preneur et à ses successeurs, ne peut plus subsister; et, pareillement, celle, que le preneur avait contractée par le bail de payer la rente, ne peut plus subsister, le preneur ne s'étant obligé à la payer, qu'à cause de l'héritage qui en était chargé par le bail, et tant qu'il le posséderait.

191. Pour que la destruction de l'héritage éteigne la rente dont il est chargé, il faut qu'elle arrive par une force majeure. Si elle arrivait par le fait ou la faute du preneur, ou de quelqu'un de ses successeurs à l'héritage; *putà*, si, faute d'avoir entretenu une digue, la rivière l'avait emporté, il est évident que la rente ne serait pas éteinte, celui qui en était tenu n'ayant pas pu, par son fait ou par sa faute, s'en décharger. Le preneur a, par le bail, contracté l'obligation de conserver l'héritage baillé à rente; et cette obligation a passé à ses successeurs, même à titre singulier, qui ont acquis l'héritage à la charge ou avec la connaissance de la rente. Si le preneur, ou son successeur, a manqué à cette obligation, en laissant, par sa faute, périr l'héritage, il doit, par forme de dommages et intérêts, être tenu de continuer au créancier la rente dont l'héritage était chargé.

192. Pour que la destruction de l'héritage, quoiqu'arrivée par force majeure, éteigne la rente dont il était chargé, il faut que ce soit une destruction totale de l'héritage, et qu'il n'en reste rien; comme dans le cas auquel il aurait été abîmé en entier dans un tremblement de terre, ou emporté en entier par une rivière dont il était voisin. Il en serait autrement, s'il restait quelque chose de l'héritage, pour peu qu'il en restât.

Par exemple, si une maison, chargée d'une rente foncière, avait été incendiée, la place et les matériaux, qui en restent, étant une partie de cette maison, la rente demeurera due en entier, suivant les principes établis *suprà*, *n.* 14, jusqu'à ce que le possesseur fasse le déguerpissement de la place et des matériaux.

193. Lorsque le bail porte la clause de fournir et faire valoir la rente, ou bien celle de payer la rente *à toujours*, ou *à perpétuité*, quoique l'héritage vienne à être totalement détruit, et qu'il n'en reste rien, le preneur et ses héritiers continuent de devoir la rente portée par le bail, en vertu de l'obligation qu'a contractée, par ces clauses, le preneur, de la payer *à toujours*, et par conséquent, même après la destruction totale de l'héritage.

Il est vrai que cette rente ne sera plus une rente foncière, ne pouvant pas y avoir de rente foncière sans un fonds qui en soit chargé : cette rente sera une dette personnelle résultante de l'obligation personnelle que le preneur a contractée par ses clauses.

Cependant, quoique cette rente ne soit pas foncière, mais personnelle, elle ne doit pas être confondue avec les rentes personnelles constituées à prix d'argent : elle en est très différente. Elle n'est pas rachetable; les arrérages ne sont pas sujets à la prescription de cinq ans.

§ II. DE PLUSIEURS AUTRES MANIÈRES DONT S'ÉTEIGNENT LES RENTES FONCIÈRES.

194. Une rente foncière s'éteint par le rachat qui en est fait au créancier, soit que la rente fût rachetable, soit que, ne l'étant pas, le créancier ait bien voulu en recevoir le rachat.

Elle s'éteint aussi par la remise, que le créancier de la rente fait de son droit, soit par testament, soit par quelque acte entre vifs.

Elle peut aussi s'éteindre par la novation, de même que les créances personnelles.

Elle s'éteint par la consolidation, lorsque le propriétaire d'un héritage, qui était chargé d'une rente foncière envers vous, vous succède à cette rente foncière, soit à titre universel, soit à titre singulier. Ce droit de rente foncière, que vous aviez sur cet héritage, et auquel il succède, se consolide et se réunit à son droit de propriété.

Vice versâ, lorsque le créancier de la rente foncière succède, soit à titre universel, soit à titre singulier, à l'héritage qui en était chargé, son droit de rente foncière se consolide, et se réunit au droit de propriété de l'héritage auquel il succède.

Observez que cette consolidation est une transformation du droit de rente foncière en une augmentation du droit de propriété, plutôt qu'une entière extinction du droit de rente foncière, comme nous l'avons observé *suprà*, *n.* 168.

Les rentes foncières s'éteignent aussi par la prescription. Comme cette matière doit être traitée avec quelque étendue, nous en traiterons dans la section suivante.

Enfin, la rente foncière, dont un héritage est chargé, s'éteint, lorsque, sur une saisie réelle, cet héritage est adjugé par décret sans charge de la rente, celui à qui elle appartient ayant manqué de faire une opposition aux fins de charge de cette rente.

Voyez sur ces oppositions à fin de charge, ce que nous avons dit en notre *Introduction au Titre des Criées de la Coutume d'Orléans*, *n*. 66 *et suiv.*

SECTION IV.

DE LA PRESCRIPTION DES RENTES FONCIÈRES.

195. Les rentes foncières, lorsqu'elles sont seigneuriales, sont imprescriptibles : celles, qui ne sont pas seigneuriales, sont sujettes à prescription.

Il y a deux espèces de prescription auxquelles sont sujettes les rentes foncières et autres droits réels, et que nous avons distinguées dans notre Introduction au *Titre des Prescriptions de la Coutume d'Orléans*. La première est celle qui résulte de la possession du détenteur qui a possédé, comme franc de la rente foncière ou autre droit réel, l'héritage qui en est chargé. La seconde est celle qui résulte du non usage du créancier.

§ I. DE LA PREMIÈRE ESPÈCE DE PRESCRIPTION, QUI RÉSULTE DE LA POSSESSION.

196. Il est évident que cette première espèce de prescription ne peut avoir lieu à l'égard des preneurs, ni même à l'égard des tiers détenteurs qui auraient acquis l'héritage sujet à la rente, à la charge ou avec la connaissance de la rente : car ils ne peuvent pas être censés avoir possédé, comme franc de la rente, l'héritage qui leur a été baillé, ou qu'ils ont acquis à la charge de cette rente, ou qu'ils ont su y être sujet.

Elle ne peut non plus avoir lieu, à l'égard de leurs héritiers médiats ou immédiats, quand même ces héritiers auraient ignoré la rente : car la possession des héritiers n'étant que la continuation de celle du défunt à laquelle ils ont succédé, ils ont, par conséquent, toutes les qualités de celle du défunt, suivant ce principe de droit, *Heres succedit in virtutes et vitia possessionis defuncti*. Ainsi la possession du défunt ayant été une possession à la charge de la rente, celle de ses héritiers est aussi une possession à la charge de la rente, qui ne peut produire cette prescription.

Cette prescription ne peut donc avoir lieu qu'à l'égard des tiers détenteurs, qui ont acquis à titre singulier l'héritage sujet à la rente, sans avoir été chargés de la rente, et sans en avoir eu connaissance, et à l'égard de leurs héritiers.

197. Cette prescription est établie par l'article 114 de la Coutume de Paris, qui est conçu en ces termes : « Quand aucun a possédé et joui « par lui et ses prédécesseurs, desquels il a le « droit et cause, héritage ou rente à juste titre « de bonne foi par dix ans entre présens, et vingt « ans entre absens, âgés et non privilégiés, « franchement et paisiblement, sans inquiétation « d'aucune RENTE ou hypothèque, tel possesseur « dudit héritage a acquis prescription contre « toutes RENTES et hypothèques prétendues sur « ledit héritage ou rente. »

Ces termes, *d'aucune rente*, s'entendent non seulement des rentes constituées, qui seraient hypothéquées sur l'héritage, mais pareillement des rentes foncières dont l'héritage serait chargé.

Il y a même raison. En effet, de même que, par l'article précédent, celui, qui a possédé avec titre et bonne foi, comme à lui appartenant, un héritage qui ne lui appartenait pas, acquiert, par cette possession de dix ou vingt ans, la propriété de cet héritage qu'il n'avait pas; de même, par cet article, lorsqu'un héritage, qui était chargé de quelque hypothèque ou de quelque rente foncière, ou de quelque autre charge réelle, a été possédé avec titre et bonne foi, comme franc desdites hypothèques ou charges foncières, celui, qui l'a possédé pendant dix ou vingt ans, acquiert, par cette possession, ce qui manquait à son droit de propriété; et au lieu qu'il n'était propriétaire de l'héritage que sous la déduction d'une telle rente, ou à la charge d'une telle hypothèque, il en devient pleinement propriétaire sans déduction d'aucune rente, et sans charge d'aucune hypothèque.

198. Il résulte de l'article de la Coutume de Paris ci-dessus rapporté, qu'il faut cinq choses pour qu'il y ait lieu à cette prescription.

1° Il faut que le tiers détenteur, qui oppose cette prescription, ait possédé l'héritage pendant le temps de dix ans entre présens, et de vingt ans entre absens.

On entend par *entre présens*, lorsque tant celui qui prescrit, que celui contre qui on prescrit, demeurent en même province ou bailliage. Par exemple, la prescription est entre présens, si je possède à Paris un héritage comme franc, qui est chargé d'une rente foncière due à une personne demeurante dans l'étendue de la prévôté de Paris; *Paris*, *art*. 16.

La prescription est entre absens, lorsque celui qui prescrit, et celui contre qui on prescrit, ne demeurent pas dans la même province ou bailliage; *l. fin. Cod. de præscript. long. tempor.*

Lorsque le temps de la prescription a commencé à courir entre présens, et, qu'avant qu'il fût accompli, l'une des deux parties qui demeuraient dans le même bailliage, transfère son

domicile dans un autre bailliage, il faut, pour la prescription, doubler le temps qui restait à courir des dix ans, lors de cette translation de domicile; *Nov.* 119, *cap.* 8. Par exemple, si elle s'est faite au bout de huit ans, le temps de la prescription, qui aurait dû s'accomplir au bout des deux ans qui restaient à courir des dix ans, ne s'accomplira qu'au bout de quatre, et le temps de la prescription se trouvera avoir été de douze ans au lieu de dix.

199. Il n'est pas nécessaire, pour acquérir cette prescription, que quelqu'un ait possédé, par lui-même, pendant tout le temps; il peut joindre à sa possession celle de ses auteurs auxquels il a succédé, soit à titre universel, soit même à titre singulier, pourvu que la possession de ses auteurs ait été, aussi bien que la sienne, une juste possession, *l.* 76, § 1, ff. *de contrah. empt.*

200. 2° Il faut, pour qu'il y ait lieu à cette prescription, que la possession n'ait pas été interrompue, soit de fait, soit de droit.

Elle est interrompue de fait, lorsque le possesseur, qui avait commencé à posséder l'héritage comme à lui appartenant, sans charge de la rente, a, avant l'accomplissement du temps de la prescription, laissé usurper la possession de cet héritage par un tiers, sur lequel il l'a depuis recouvrée par un jugement au pétitoire, sur une demande en revendication. Ce possesseur ne pourra pas compter, pour la prescription, le temps de sa possession qu'il a eue avant l'usurpation du tiers; car elle a été interrompue par l'usurpation de ce tiers. Il pourra encore moins compter celle de ce tiers, qui n'est pas son auteur, et qui, d'ailleurs, n'est pas une juste possession : il faudra qu'il recommence le temps entier de dix ans, depuis qu'il est rentré en possession.

Suivant les principes du droit romain, le temps de la prescription est interrompu, quoique le possesseur ait été dépossédé par violence, et rétabli en possession, dans l'année, par un jugement de réintégrande; *l.* 5, ff. *de usucap; l.* 7, § 4, § *pro emptore;* à quoi n'est point contraire la loi 17, ff. *de adquir. vel. amitt. possess.*, qui dit : *Qui ei dejectus est, perindè haberi debet, ac si possideret*, cela n'ayant lieu que vis-à-vis du spoliateur.

Parmi nous, il y en a qui pensent qu'on doit s'écarter, en ce point, de la rigueur du droit romain, et qu'un possesseur spolié, qui a été rétabli dans l'année, doit être censé n'avoir pas cessé de posséder.

Au reste, la possession n'est interrompue ni par la démence du possesseur, *l.* 44, § 6, ff. *de usurpat. et usucap.*, ni par la mort du possesseur, quoiqu'il laisse sa succession vacante : elle se continue par le curateur à la succession vacante; *Hereditas jacens personæ defuncti vicem obtinet.*

201. 3° Il faut, pour cette prescription, que la possession de celui qui l'oppose, ait été une possession de bonne foi; c'est-à-dire, que ce possesseur n'ait pas eu connaissance de la rente dont l'héritage était chargé : il est censé ne l'avoir pas eue, si on ne justifie pas qu'il l'ait eue.

202. Suivant les principes du droit civil, il suffisait que le possesseur eût eu cette bonne foi au commencement de sa possession. Mais, suivant ceux du droit canonique, qui sont plus équitables en ce point, et que nous avons suivis, en conséquence, dans notre droit français, cette bonne foi doit durer pendant tout le temps de la possession requise pour la prescription; et il n'y a pas lieu à la prescription, si l'on peut justifier que la connaissance de la rente, dont l'héritage est chargé, est survenue au possesseur avant le temps de la prescription accomplie.

203. 4° Il faut, pour la prescription, que le possesseur produise son titre d'acquisition, par lequel il a acquis l'héritage, sans qu'on lui ait déclaré la rente dont il est chargé.

Ce titre doit être un juste titre, c'est-à-dire, un titre de nature à transférer la propriété par la tradition qui intervient en conséquence, tels que sont les contrats de vente, d'échange, de donation ou testament, etc. Au contraire, un bail à ferme ou à loyer n'est pas un juste titre.

204. Le possesseur, qui ne peut produire de contrat d'acquisition, ne peut pas, par la prescription de dix ou de vingt ans, acquérir l'affranchissement de la rente dont l'héritage est chargé; mais, s'il a possédé pendant trente ans, il acquiert la prescription, sans être obligé de produire de titre; *Paris, art.* 118. Son titre pouvant avoir été égaré, il ne laisse pas d'être présumé possesseur de bonne foi, tant qu'on ne justifie pas du contraire.

205. Il faut, en cinquième lieu, qu'il n'y ait rien, de la part du créancier de la rente, qui empêche la prescription de courir contre lui.

Lorsqu'il y a eu quelque juste cause, qui a empêché le créancier de la rente de poursuivre le possesseur, pour reconnaître la rente, le temps de la prescription n'a pas couru, tant que cet empêchement a duré, suivant cette règle : *Contra non valentem agere nulla currit præscriptio.*

C'est sur ce fondement que la Coutume de Paris, *art.* 115, décide que, si le créancier de la rente a eu une juste cause d'ignorer l'aliénation, qui a été faite par le preneur, de l'héritage sujet à la rente, *putà, parce qu'il serait toujours demeuré en possession* (apparente) *de l'héritage, par le moyen de location, rétention*

d'usufruit, constitution de précaire et autres semblables, pendant ledit temps la prescription n'a couru; car le créancier n'a pas pu, pendant ce temps, poursuivre l'acquéreur, qu'il ne pouvait connaître.

206. Par la même raison, si un mari avait vendu un héritage chargé d'une rente foncière envers sa femme, sans déclarer la charge de la rente; le temps de la prescription ne courra pas contre la femme, tant que le mariage durera, parce que le mari est censé avoir, pendant ce temps, empêché sa femme d'intenter ses actions contre l'acquéreur qui aurait réfléchi en garantie contre lui.

207. Quoiqu'on ne puisse pas dire que les mineurs sont empêchés d'agir, lorsqu'ils ont des tuteurs qui ont qualité pour intenter les actions qui appartiennent à leurs mineurs, néanmoins la faveur de la minorité a fait établir que cette prescription de dix ou de vingt ans, et même celle de trente ans, ne court pas contre les mineurs pendant tout le temps de leur minorité. C'est ce que veulent dire ces termes des articles 114 et 118 de la Coutume de Paris, *entre âgés*.

208. Elle ajoute, *et non privilégiés*, parce que l'église et les communautés ne sont pas sujettes à cette prescription de dix ou de vingt ans pour les rentes qui leur sont dues : on ne peut prescrire contre elles, que par le temps de quarante ans.

Lorsque l'église succède à un particulier, contre qui la prescription de trente ans avait commencé à courir, il faut, pour le temps de la prescription, ajouter un tiers en sus du temps qui restait à courir.

Si c'était la prescription de dix ou de vingt ans qui eût commencé à courir contre le particulier auquel l'église a succédé, il faudrait quadrupler ou doubler ce qui reste à courir de ce temps.

209. Cette prescription étant fondée sur la possession du détenteur de l'héritage entier, ou de partie de cet héritage, qui le possède comme le croyant franc de la rente dont il est chargé, elle ne laisse pas de courir à son profit, quoique, pendant tout ce temps, le créancier ait été payé de sa rente entière, soit par le preneur, soit par le détenteur des autres parties de l'héritage.

210. Cette prescription de dix ou de vingt ans est du droit commun, et a lieu dans les Coutumes qui ne s'en sont pas expliquées.

Il y a, néanmoins, quelques Coutumes, du nombre desquelles est notre Coutume d'Orléans, qui la rejettent, et qui ne permettent pas qu'on puisse acquérir par prescription, par un temps moindre de trente ans, la propriété de quelque héritage, ou l'affranchissement de quelque droit réel; *Orléans*, 260.

Au reste, pour cette prescription de trente ans, il n'est pas nécessaire de rapporter son titre d'acquisition : c'est pourquoi notre Coutume d'Orléans, *art.* 261, dit *soit qu'il y ait titre ou non.*

§ II. DE LA SECONDE ESPÈCE DE PRESCRIPTION, QUI RÉSULTE DU NON USAGE DU CRÉANCIER.

211. La seconde espèce de prescription, qui peut être opposée contre les rentes foncières, est celle qui résulte du non usage du créancier à qui elle est due.

On peut opposer cette prescription contre les rentes foncières et les autres droits réels, de même que contre les créances personnelles qui naissent des obligations, lorsque le créancier ne peut pas justifier avoir été servi ou reconnu de sa rente, depuis le temps requis pour la prescription.

Cette prescription n'étant pas, comme celle dont il a été parlé au paragraphe précédent, fondée sur la qualité de la possession du possesseur de l'héritage sujet à la rente, mais étant fondée seulement sur la négligence du créancier à s'en faire servir ou reconnaître, elle peut être opposée par le preneur et ses héritiers, et par ceux qui ont acquis à la charge ou avec connaissance de la rente, aussi bien que par ceux qui ont acquis sans avoir été chargés de la rente, et sans l'avoir connue.

212. Le temps de cette prescription est le temps de trente ans, qui est le temps ordinaire des prescriptions. Néanmoins, en un cas, ce temps se proroge jusqu'à quarante ans : car lorsque le preneur, ou autre possesseur de l'héritage sujet à la rente, s'est obligé à la payer, par acte devant notaires, l'obligation personnelle, qu'il a contractée par cet acte, de payer la rente tant qu'il serait possesseur, étant, en ce cas, jointe à l'hypothèque conventionnelle de ses biens, qu'il est censé y avoir hypothéqués, par cet acte devant notaires, aux termes de la loi *Quùm notissimi, cod. de præscript.* 30 *vel* 40 *ann.*, que notre Coutume d'Orléans, *art.* 261, a adoptée, et que plusieurs prétendent avoir lieu, même dans les Coutumes qui ne s'en sont pas expliquées; ni ce possesseur ainsi obligé à la rente, ni ses héritiers, ne peuvent acquérir de prescription contre leurs obligations, que par le temps de quarante ans.

Ce n'est que le bail, ou le titre nouvel passé devant notaires, qui proroge jusqu'à quarante ans le temps de cette prescription, contre la partie qui l'a passé, ou contre ses héritiers. L'action personnelle réelle, qu'a le créancier de la rente, contre celui qui a acquis l'héritage à la charge de la rente, ou avec la connaissance de la rente, et qui n'a pas passé titre nouvel, se prescrit

par trente ans ; voyez *notre Traité des Obligations, n.* 705 *et* 706.

213. Ce que nous avons dit, en général, en notre *Traité des Obligations, part.* 3, *chap.* 8, *art.* 2, sur les personnes exceptées de la prescription trentenaire, sur les cas auxquels elle ne court pas, sur son effet, sur les manières dont elle s'interrompt et dont elle se couvre, peut s'appliquer à cette prescription : nous y renvoyons, pour ne pas répéter.

214. Lorsque le possesseur d'une partie de l'héritage chargé de la rente, en a été libéré par cette prescription, les détenteurs des autres parties, qui demeurent chacun chargés du total, ne peuvent, pour se dispenser de cette solidité, opposer au créancier de la rente, qu'il les a, par sa négligence, privés du recours qu'ils devraient avoir, en payant le total, contre celui à qui le créancier a laissé acquérir la prescription ; car ces codétenteurs pouvaient eux-mêmes l'arrêter en payant pour lui, et en exerçant le recours contre lui, avant que le temps de la prescription fût accompli. Ils ne sont donc pas recevables à opposer au créancier sa négligence de n'avoir pas arrêté cette prescription, cette négligence leur étant commune avec lui.

FIN DU TRAITÉ DU CONTRAT DE BAIL A RENTE.

TRAITÉ

DU

CONTRAT DE CONSTITUTION DE RENTE.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

Les constitutions de rente, soit perpétuelle, soit viagère, qui se font pour le prix d'une somme d'argent, sont des espèces de contrats de vente : c'est pourquoi ces contrats doivent être placés à la suite du contrat de vente. Nous commencerons par le contrat de constitution de rente perpétuelle.

1. On peut le définir, un contrat par lequel l'un des contractans vend à l'autre une rente annuelle et perpétuelle, dont il se constitue le débiteur pour un prix licite convenu entre eux, qui doit consister en une somme de deniers qu'il reçoit de lui, sous la faculté de pouvoir toujours racheter la rente, lorsqu'il lui plaira, pour le prix qu'il a reçu pour la constitution, et sans qu'il puisse y être contraint.

Nous diviserons ce Traité en sept chapitres. Nous traiterons, dans le premier, de la nature des contrats de constitution de rente ; dans le second, des règles qui y doivent être observées ; dans le troisième, des personnes qui peuvent constituer des rentes, et aux frais de qui se doit passer le contrat. Nous parlerons, dans le quatrième, des différentes clauses des contrats de constitution et de leur interprétation ; dans le cinquième, de la nature des rentes constituées à prix d'argent, de la prestation et de la prescription des arrérages ; dans le sixième, nous verrons comment le droit de rentes constituées s'établit, et si, dans le doute, une rente est présumée constituée à prix d'argent ; dans le septième, nous traiterons des manières dont les rentes constituées s'éteignent. Nous y ajouterons un huitième chapitre par forme d'appendice, où nous traiterons des rentes viagères.

CHAPITRE PREMIER.

De la nature du contrat de constitution de rente.

2. Il paraît, par la définition que nous avons donnée du contrat de constitution de rente, que ce contrat est une espèce de contrat de vente, mais différente des contrats ordinaires de vente.

Ce contrat n'est pas du nombre des contrats consensuels, qui sont parfaits par le seul consentement des parties contractantes : il est de la classe des contrats que nous avons nommés réels : car il n'est parfait et ne produit l'obligation, que lorsque l'acquéreur de la rente en a payé le prix.

Il ne faut pas en conclure que, si quelqu'un s'était obligé envers moi de me compter, dans un certain temps, une somme de deniers, pour laquelle je lui constituerais une certaine rente, cette convention ne fût pas obligatoire. Par exemple, si, pour me faire renoncer à une succession à laquelle vous étiez appelé avec moi, vous vous êtes obligé à me compter une somme de 10,000 l. dans l'année, pour laquelle je vous constituerais une rente au denier vingt-cinq, il n'est pas douteux que cette convention est valable,

et que, faute par vous de l'exécuter, vous êtes tenu de mes dommages intérêts, si j'en ai souffert ; mais cette convention n'est pas un contrat de constitution de rente, qui ne se contracteroit que lorsque cette somme me sera payée.

3. Le contrat de constitution de rente n'est pas non plus du nombre des contrats synallagmatiques; mais il est unilatéral, n'y ayant que celui des contractans, qui vend la rente dont il se constitue le débiteur, qui contracte une obligation par ce contrat. Celui, qui l'acquiert pour la somme des deniers qu'il paie au vendeur, n'en contracte aucune.

4. Le contrat de constitution de rente diffère en ces deux points du contrat ordinaire de vente, qui est contrat consensuel et synallagmatique. Il diffère aussi du contrat de prêt à intérêt; car il est de l'essence du contrat de prêt, que celui, qui a reçu la somme, s'oblige de la rendre dans un certain temps; au lieu que, dans le contrat de constitution, le vendeur de la rente, qui s'en constitue débiteur, ne s'oblige qu'à la prestation d'une rente : il n'est proprement débiteur que de la rente, et non du sort principal qu'il a reçu, que le créancier ne peut jamais exiger de lui, tant qu'il paie la rente. C'est dans l'aliénation faite à perpétuité du sort principal, que consiste le caractère essentiel et distinctif, qui différencie le contrat de constitution du prêt à intérêt.

5. Il faut, néanmoins, convenir que le contrat de constitution a quelque rapport avec le prêt à intérêt. 1° Il n'a été inventé que pour qu'on pût se passer du prêt à intérêt défendu par les lois de l'église, confirmées par celles des princes dans les États catholiques, et pour lui substituer un autre moyen de trouver l'argent dont on peut avoir besoin dans une infinité de circonstances de la vie, sans être obligé de vendre ses fonds, souvent à vil prix.

2° On ne peut disconvenir que la rente annuelle et perpétuelle, que paie le débiteur jusqu'à ce qu'il ait rendu le sort principal, n'ait du rapport avec les intérêts que le débiteur paie dans le contrat du prêt à intérêt, jusqu'à la restitution de la somme prêtée; et que si, dans le contrat de constitution, le débiteur de la rente n'est pas, comme dans le prêt à intérêt, débiteur proprement du sort principal, il l'est néanmoins en quelque manière, puisqu'il ne peut, sans le rendre, faire cesser la rente et se libérer.

6. Ces rapports du contrat de constitution avec le prêt à intérêt, ont fait douter pendant quelque temps s'il était licite. Henri-le-Grand, théologien du treizième siècle, *quodlib.* 1, 2, 39, prétendait que le contrat de constitution était usuraire, contre l'avis des légistes et des canonistes, qui le soutenaient licite. Martin V, consulté sur ce contrat, qui, depuis un temps immémorial, et surtout depuis cent ans, était fort usité en Silésie, décida, par sa bulle *Regimini*, de l'an 1423, *in extr. Comm. tit. de empt. vend.*, que ces contrats de constitution étaient licites, *licitos, juri communi conformes*. Cette décision fut encore confirmée par une autre bulle *Regimini*, de 1455, de Calixte III, *in extr. Comm. d. tit.* Ces décisions ont été approuvées dans l'église, et personne ne doute aujourd'hui que le contrat de constitution ne soit licite et valable, pourvu néanmoins que les règles, auxquelles la loi civile l'a assujetti, y aient été observées. Nous traiterons de ces règles dans le chapitre suivant.

7. A l'égard du temps auquel les contrats de constitution ont commencé à être en usage, on ne peut guère le déterminer. Quelques auteurs ont cru les apercevoir dans la loi 33, ff. *de usur.*; et dans la loi 2, *Cod. de debit civ.* Il y est dit que les administrateurs des biens des villes ne doivent pas exiger des bons débiteurs le principal, tant qu'ils paient bien les intérêts. N'est-ce pas là, disent-ils, des rentes constituées? Point du tout. Les biens des villes consistaient, chez les Romains, partie en fonds d'héritages, partie en argent, que les administrateurs prêtaient avec stipulation d'intérêts à des personnes solvables, afin de procurer aux villes un revenu clair et liquide, et de pouvoir faire promptement de l'argent en cas de besoin. C'est de ces dettes qu'il est question dans les lois ci-dessus citées : elles décident que, quoique ces dettes procédassent du contrat ordinaire de prêt à intérêt, et que la ville eût, par la nature du contrat, le droit d'exiger la restitution du principal, néanmoins il était de la bonne administration de n'en pas exiger la restitution, tant que les débiteurs étaient bons, et payaient régulièrement les intérêts; car ces sommes étant destinées à être placées à intérêt, il était inutile de les répéter d'un bon débiteur qui en payait bien les intérêts, pour les placer chez une autre personne. D'ailleurs cette conduite des administrateurs était avantageuse aux villes, en ce qu'elle servait à leur faire trouver plus facilement à placer leur argent, les débiteurs étant assurés qu'on ne les presserait pas pour la restitution du principal : c'est le sens de ces lois. Bien loin qu'on en puisse conclure que les rentes constituées étaient en usage chez les Romains, et que les villes plaçaient leurs deniers en ces sortes de rentes, il me paraît qu'on en doit conclure le contraire; car si les débiteurs des villes eussent été des débiteurs de rentes constituées, dont le principal, par la nature du contrat, n'est pas exigible, il eût été inutile de recom-

mander aux administrateurs de ne pas les exiger, et d'en faire une règle de bonne administration.

8. C'est avec plus de fondement que Dumoulin, *Tr. de usur., quæst.* 75, trouve, dans la novelle 160 de Justinien, un vestige de contrat de constitution de rente, pratiqué dans le sixième siècle. Il est dit, dans cette novelle, que les officiers municipaux de la ville d'Aphrodise (qui était une ville de la Thrace, peu éloignée de la mer Égée), ayant une grosse somme d'or, provenue de plusieurs legs faits à leur ville, pour conserver cette somme à leur ville, *ne quandò ea deperiret*, avaient placé cette somme à la charge de la prestation annuelle d'une certaine somme, tant que ceux, chez qui elle avait été placée, la garderaient. Il est dit ensuite que ces personnes, pour se dispenser de la continuation de cette prestation annuelle, se prévalaient de la constitution de Justinien, qui a ordonné que, dans les prêts à intérêt, le cours des intérêts serait arrêté aussitôt que la somme, qui aurait été payée pour les intérêts, viendrait à égaler le principal; de manière que le créancier ne dût jamais recevoir pour principal et intérêts, plus que le double du principal. Justinien, consulté sur cette contestation, décide, par cette novelle, que sa constitution, pour arrêter le cours des intérêts dans les contrats de prêt, ne reçoit aucune application dans l'espèce proposée, parce que sa constitution ne concerne que les créanciers des sommes prêtées à intérêt, et que la prestation annuelle, dont il s'agit dans l'espèce proposée, ne ressemble pas aux intérêts d'une somme prêtée, mais plutôt à un revenu annuel : *Illam à creditoribus conscripsimus; præsens verò species illam non attingit, si quidem hoc magis annuo reditui quòm usurarum præstationi simile videtur.* Le contrat, qui est exposé dans cette novelle, n'était donc pas un contrat de prêt à intérêt, par lequel ceux, qui avaient reçu cette somme des officiers municipaux d'Aphrodise, se fussent obligés à la rendre, et à payer les intérêts jusqu'à la restitution; mais c'était un contrat par lequel ils s'étaient obligés seulement à payer un revenu annuel, jusqu'à ce qu'il leur plût de rendre la somme qu'on ne pouvait pas exiger d'eux : ce qui est notre contrat de constitution de rente. Au reste, il paraît que les contrats de constitution de rente n'ont commencé à être usités que dans le treizième et le quatorzième siècle, puisque c'est dans ce temps que se sont élevées les disputes sur leur légitimité. Il a pu s'en faire quelques uns auparavant; mais c'étaient des cas rares.

CHAPITRE II.

Des règles auxquelles le contrat de constitution de rente perpétuelle est assujetti.

9. Les règles, auxquelles le contrat de constitution de rente a été assujetti, sont, 1° que la rente doit être créée à un taux qui n'excède pas celui qui est réglé par le prince; 2° qu'elle consiste en une somme d'argent qui soit réellement comptée, ou dans le paiement d'une dette principale d'une somme d'argent. Mais on ne peut licitement constituer une rente en paiement d'arrérages, ni d'intérêts, même moratoires ou autres. 3° Il faut que le prix soit aliéné, de manière que le créancier de la rente ne puisse jamais l'exiger; 4° que le débiteur de la rente ait, en quelque temps que ce soit, le pouvoir de la racheter, en rendant le prix qu'il a reçu.

ARTICLE PREMIER.

Du taux auquel les rentes doivent être créées.

10. On pouvait autrefois acquérir et se faire licitement constituer une rente sur le pied du denier dix; c'est-à-dire, qu'on pouvait acquérir vingt sous de rente pour dix francs : c'est ce qui paraît par les extravagantes *Regimini* de Martin V et de Calixte III, ci-dessus citées. Notre ancienne Coutume d'Orléans, rédigée en 1509, *art.* 379, défend de les acheter à moindre prix. Depuis, Charles IX, par son édit du mois de mars 1567, a réduit le taux des rentes au denier douze. Henri IV, par édit du mois de juillet 1601, l'a réduit au denier seize. Louis XIII, par édit de 1634, au denier dix-huit; et enfin Louis XIV, par édit de décembre 1665, l'a réduit au denier vingt. En 1720, il y eut un édit qui réduisit le taux des rentes au denier cinquante. Mais cet édit n'a pas été enregistré. Par édit du mois de juin 1724, le taux fut mis au denier trente; mais par édit de juin 1725, le taux du denier vingt a été rétabli, et c'est le taux qui a lieu encore aujourd'hui, c'est-à-dire, qu'on ne peut acquérir et se faire constituer une rente pour un

plus bas prix que de 20 livres pour chaque livre de rente.

11. Ce n'est qu'en faveur des débiteurs que le prince a réglé le taux desdites rentes : c'est pourquoi on ne peut acquérir de rentes à un prix moins cher que ce taux, c'est-à-dire, vingt sous de rente pour moins de vingt francs; mais on peut les acquérir à un prix plus cher. Par exemple, on peut acquérir vingt sous de rente pour 25 liv., pour 30 liv., pour 50 liv., et pour quelque somme que ce soit, depuis 20 liv. et au-delà, sans que l'acquéreur puisse se faire restituer sous le prétexte de lésion. L'acheteur d'un héritage peut bien être trompé sur la valeur de l'héritage qu'il achète, et croire qu'il est d'une valeur beaucoup plus grande qu'il n'est effectivement; et c'est pour cela que, suivant le sentiment de Dumoulin, il peut être admis à se faire restituer, lorsque la lésion est énorme, comme nous l'avons vu en notre *Traité du contrat de vente, part.* 5, *chap.* 2, *sect.* 2, *art.* 2; mais une rente est une chose dont on ne peut ignorer la valeur. C'est pourquoi, lorsque quelqu'un donne, pour le prix d'une rente qu'on lui constitue, une somme beaucoup plus forte que n'est le prix de cette rente, comme si quelqu'un se faisait constituer aujourd'hui une rente sur le pied du denier cinquante ou du denier soixante, de la somme qu'il donne au constituant pour le prix de la rente, il ne devrait pas être censé avoir été trompé sur le prix de la rente qu'il a acquise du constituant, mais plutôt avoir voulu faire, en cela, au constituant un avantage et une espèce de donation de la somme d'argent qu'il lui a comptée au-delà du prix de la rente; et cette donation est consommée par la tradition réelle de la somme.

Si le constituant était une personne à qui les lois ne permettent pas de donner, comme si une femme séparée de biens se faisait aujourd'hui constituer par son mari une rente de 100 liv. pour une somme de 5,000 livres qu'elle lui paierait pour le prix de la constitution, il n'est pas douteux que les héritiers de la femme pourraient attaquer cet acte comme contenant un avantage prohibé qu'elle aurait fait à son mari, et en conséquence faire condamner le mari à rendre 3,000 livres qu'il a reçues de plus que les 2,000 livres, prix de la rente de 100 livres qu'il a constituée; si mieux il n'aimait augmenter la rente, et s'obliger à la payer sur le pied de 250 livres.

Observez qu'une constitution de rente, quoique faite pour un prix un peu plus fort que celui du taux de l'Ordonnance, n'est pas censée renfermer une donation faite au constituant, lorsque la constitution est faite à un taux usité au temps du contrat. Par exemple, une constitution de rente, qui serait faite aujourd'hui au taux du denier vingt-deux, vingt-trois, vingt-quatre, et même au taux du denier vingt-cinq, ne devrait pas passer pour donation; car ces constitutions sont usitées, et il s'en fait plusieurs à ces taux entre personnes dont l'une n'a pas intention de donner à l'autre, par la seule considération de la solvabilité du constituant, et des bonnes hypothèques qu'il donne pour la sûreté de la rente : mais si la rente était constituée au denier trente, ou pour un prix encore plus fort, on ne pourrait douter qu'elle ne fût faite dans l'intention de faire un avantage au constituant.

12. Lorsque la rente est constituée au taux de l'Ordonnance, qui est le denier vingt, on ne peut stipuler du constituant rien de plus que la rente, directement, ni indirectement; car ce serait excéder le taux de l'Ordonnance. C'est pour cela que si, dans un contrat de constitution, le débiteur était convenu que le créancier aurait jusqu'au rachat, ou pendant un certain temps, la jouissance d'un certain héritage en compensation des arrérages de sa rente, cette convention n'empêcherait pas le débiteur de demander compte au créancier de cette jouissance, et de répéter ce que le créancier aurait perçu au-delà du taux des rentes.

13. C'est encore un moyen indirect d'excéder le taux légitime, que de stipuler, dans une constitution de rente faite au taux de l'Ordonnance, que le débiteur de la rente la paiera sans rétention du dixième, vingtième ou autres impositions qu'il plaira au roi d'imposer; car le créancier, outre la rente qu'il recevrait, qui est tout ce qu'il peut recevoir, recevrait encore l'avantage d'être acquitté de ce qu'il doit au roi pour l'imposition faite sur ses revenus : mais cette convention pourrait être valable dans une constitution de rente faite à un taux plus bas que celui de l'Ordonnance, pourvu que ce que le débiteur acquitterait pour le créancier, joint à la rente qu'il lui paie, n'excédât pas le taux de l'Ordonnance. Par exemple, dans une constitution de 45 livres de rente pour un capital de 1,000 livres, la clause, que la rente sera payée sans rétention du dixième et des deux sous pour livre, est valable; car cette rétention ne monte qu'à la somme de 4 livres 19 sous, qui, jointe à celle de 45 livres, n'excède pas celle de 50 livres, qui est le taux du denier vingt, auquel l'Ordonnance permet de constituer une rente pour un capital de 1,000 livres. Mais aujourd'hui (en 1763) que nous devons au roi les trois vingtièmes de nos revenus et les deux sous pour livre, la clause, dans un contrat de constitution de 45 livres de rente, créée pour un principal de 1,000 livres, par laquelle il serait dit que le débiteur ne pourrait retenir les trois vingtièmes et les deux

sous pour livre, n'empêcherait pas le débiteur de pouvoir retenir sur la rente de 45 liv. qu'il doit, la somme de 2 liv. 8 sous 6 deniers, dont celle de 7 livres 8 sous 6 deniers, montant des trois vingtièmes et des deux sous pour livre, jointe à celle de 45 livres, excède celle de 50 livres, qui est le taux légal d'un principal de 1,000 livres.

14. Lorsque deux personnes, pour une somme de 2,000 livres qu'elles partagent entre elles, vendent à quelqu'un une rente de 100 livres, dont elles se constituent envers lui solidairement débitrices, on pourrait douter si cette clause de solidité est valable : car la rente de 50 livres étant le taux d'un principal de 1,000 livres, que chacune d'elles a reçu, il semble qu'exiger de chacune d'elles, outre cela, la solidité pour le surplus de la rente, c'est exiger quelque chose de plus que le taux de l'Ordonnance. Néanmoins il faut décider que la clause de solidité est valable; et cela est constant *in praxi*. La raison est, que c'est de la part du créancier qu'on considère s'il a payé un prix suffisant pour la rente qui lui a été vendue; mais on ne considère pas ce que chacun des débiteurs, qui l'ont vendue et constituée, a reçu de ce prix. Une personne peut valablement me constituer une rente pour une somme que j'ai comptée par son ordre à un tiers, quoiqu'elle n'en ait elle-même profité en rien. Par la même raison, deux personnes peuvent me constituer solidairement une rente pour une somme que je leur ai comptée, quoique chacune d'elles n'en ait reçu que la moitié : il suffit que le créancier ait effectivement payé une somme de 2,000 livres, pour qu'il ait pu acquérir une rente de 100 livres de ceux qui la lui ont solidairement constituée : la solidité qu'il a stipulée, lui procure une plus grande sûreté, mais n'augmente en rien la quantité de la rente qu'il a pu acquérir pour 2,000 livres.

15. Quand même ce serait pour le prix d'un héritage qu'une rente serait constituée, et par le même contrat que celui de la vente de l'héritage, on ne pourrait pas la constituer directement et expressément au-delà du taux prescrit par l'Ordonnance : mais on peut stipuler par le contrat de vente, que le débiteur la paiera sans déduction des dixièmes et vingtièmes, quoique, par cette stipulation, la rente se trouve indirectement au-delà du taux de l'Ordonnance. La raison est, que cette clause est censée n'être pas une clause du contrat de constitution, mais plutôt du contrat de vente de l'héritage : cette obligation imposée à l'acheteur, de ne pas retenir le dixième ou vingtième, est censée faire partie du prix de son acquisition. Cette obligation aurait pu, par le contrat de vente, lui être imposée, non seulement pour la rente qu'il constitue par le même contrat pour le prix de l'héritage, mais même pour quelque autre rente que ce fût, dont il aurait été le débiteur envers le vendeur avant le contrat de vente.

Si la convention qu'une rente, due pour le prix d'un héritage, serait payée sans aucune rétention pour les impositions des vingtièmes, n'était intervenue qu'*ex intervallo*, depuis le contrat de vente de l'héritage, une telle convention serait sans contredit illicite et nulle, parce qu'elle ne pourrait plus, en ce cas, passer pour faire partie des clauses de la vente de l'héritage.

16. Ce n'est qu'au temps auquel le contrat de constitution a été passé, qu'on doit avoir égard pour régler la légitimité du taux de la rente. C'est pourquoi, si une rente a été constituée au denier dix-huit, avant l'édit du mois de décembre 1665, qui a porté le taux des rentes au denier vingt, les arrérages de cette rente, qui auront couru depuis cet édit, et qui courront désormais jusqu'au rachat, ne laisseront pas, nonobstant le changement du taux, d'être dus sur le pied du taux du denier dix-huit, auquel la rente a été constituée.

En cela, ces arrérages sont différens des intérêts d'une somme exigible, auxquels un débiteur, qui est en demeure de payer, a été condamné, lesquels sont dus, selon les différens taux qui ont eu lieu dans les différens temps qu'ils ont couru, et non pas seulement sur le taux qui avait lieu lors du jugement de condamnation. La raison de différence est évidente : ces intérêts étant le dédommagement qui est dû au créancier pour la privation de la jouissance de l'argent qui est dû, pendant le temps que le débiteur a été en retard de le payer, ils doivent être dus suivant les différens taux qui ont eu lieu pendant le temps qu'ils ont couru, et que le créancier a été privé de cette jouissance. Il n'en est pas de même des arrérages d'une rente constituée : la rente, pour tout le temps qu'elle doit avoir cours, est due au créancier de la rente, comme une chose que le constituant lui a vendue par le contrat de constitution; un contrat de constitution n'étant autre chose qu'une vente que le constituant fait de la rente dont il se constitue débiteur, à celui à qui il la constitue pour le prix qu'il reçoit de lui. Or la justice et la légitimité du prix d'une chose vendue ne se règle que sur la valeur qu'avait la chose vendue au temps du contrat de vente qui en a été fait; l'augmentation ou la diminution de valeur survenue depuis le contrat n'y change rien: donc quoique, depuis le contrat, les rentes soient augmentées de valeur, et que, par l'édit de 1665, on ne puisse plus acquérir pour une somme de 18 livres, plus de 18 sous de rente, néanmoins la rente de 20 sous que j'ai acquise pour une somme de 18 livres, doit continuer de

courir sur le pied de 20 sous; car il suffit, pour cela, que le prix de 18 livres pour lequel je l'ai acquise, ne fût pas, au temps du contrat, au-dessous de sa valeur.

17. Ce serait donner atteinte à la loi, qui défend d'acquérir des rentes pour un prix moindre que celui qui est réglé par le taux qui a lieu au temps du contrat, si, par un contrat de constitution de rente faite au taux présent, on convenait que, dans le cas auquel, par la suite, il interviendrait une loi qui augmenterait l'intérêt de l'argent et le fur des rentes, la rente augmenterait et serait payée selon les différens taux qui auraient lieu dans les différens temps pendant lesquels la rente aurait cours. C'est pourquoi une telle convention dans un contrat de constitution n'est pas valable; et le cas arrivant, le créancier ne doit pas être reçu à demander sa rente sur un pied plus fort. La raison est que, dans le contrat de vente, et par conséquent dans le contrat de constitution, qui est un vrai contrat de vente, le prix de la chose vendue doit se régler, eu égard à ce que vaut la chose vendue au temps du contrat, et non pas eu égard à une valeur future qu'elle pourra avoir par la suite; et que la loi, qui subsistait au temps du contrat, défendant de stipuler pour tant de capital, quelque chose au-delà de tant de rente, on ne peut, sans donner atteinte à cette loi, stipuler quelque chose de plus dans le cas de l'événement de quelque condition que ce soit. Néanmoins, on cite un arrêt qu'on dit avoir jugé le contraire : voici l'espèce. M. de Troyes, en 1720 ou 1721, peu après l'édit qui avait mis le taux des rentes au denier cinquante, s'était fait constituer une rente à ce taux, avec la clause que si le taux du denier vingt était par la suite rétabli, la rente, depuis le rétablissement, lui serait payée au taux du denier vingt : le taux du denier vingt ayant été rétabli en 1725, M. de Troyes demanda que sa rente lui fût payée au taux du denier vingt; et, par un arrêt de la cour, le débiteur y fut condamné. Mais je pense que le motif de l'arrêt fut que l'édit du denier cinquante n'ayant pas été enregistré en la cour, le taux du denier vingt n'était pas un taux illicite au temps du contrat de constitution : c'est pourquoi cet arrêt n'est pas contraire à notre décision.

18. Il nous reste à observer que les différentes contraventions à la loi qui a réglé le taux des rentes constituées, sont différemment réprimées. Les unes donnent lieu à la nullité du contrat et à l'imputation des arrérages sur le principal; les autres ne donnent lieu qu'à la réformation du contrat. Lorsque la contravention est une contravention formelle et inexcusable, comme si aujourd'hui, que le taux des rentes est le denier vingt, quelqu'un se faisait constituer une rente au denier quinze ou au denier dix-huit; en ce cas, la constitution de rente doit être déclarée nulle, et par conséquent incapable de produire des arrérages : celui, qui l'a constituée, est seulement débiteur du principal, c'est-à-dire, de la somme qu'il a reçue pour le prix de cette rente. C'est pourquoi tous les arrérages, qui en sont payés, s'imputent sur le principal, qui se trouve entièrement acquitté, lorsque les arrérages, qui en ont été payés, égalent cette somme; et s'ils l'excédaient, le débiteur aurait la répétition de tout ce qu'il aurait payé d'excédant depuis trente ans.

19. Quoique la constitution de rente soit nulle, et que celui, qui l'a constituée, soit débiteur de la somme qu'il a reçue pour le prix de la constitution, le créancier, à qui la rente a été constituée, ne peut pas demander purement et simplement la restitution de cette somme; mais il doit donner au débiteur le choix, ou de lui payer cette somme sous la déduction des arrérages payés, ou de lui constituer au taux légitime une rente pour ce qui reste dû de cette somme qui commencera à courir du jour que le créancier a offert ce choix au débiteur. Par exemple, si je vous avais constitué 60 liv. de rente pour une somme de 1,000 liv. que j'aurais reçue de vous, et que je vous en eusse déjà payé deux années d'arrérages qui montent à 120 liv., vous ne pourriez exiger de moi les 880 liv. restant de la somme de 1,000 liv., qu'en me laissant le choix de vous constituer au taux légitime une rente pour ce restant, c'est-à-dire, 44 livres. La raison de ceci est que le créancier étant celle des parties qui a commis l'injustice, en se faisant, au mépris de la loi, constituer une rente à un prix aussi inique, c'est le créancier qui doit souffrir de ce contrat, et non le débiteur, qui souffrirait un très grand préjudice, si on le contraignait de rendre une somme qu'il n'a plus, et qu'il n'a reçue que pour ne la rendre qu'à ses bons points.

20. Selon les principes que nous venons d'exposer, le contrat de constitution de rente constituée à un taux plus fort que celui permis par la loi, est nul, à la vérité, en tant que constitution de rente; mais ce contrat n'est pas un acte totalement nul, puisqu'il renferme l'obligation, de la part du constituant, de rendre la somme qu'il a reçue pour le prix de la constitution, sous la déduction des arrérages qui en auront été payés, ou du moins de constituer au taux légitime une rente pour ce qui en restera dû, lorsque le créancier le requerra : ce qui suffit pour qu'il résulte de cet acte une hypothèque du jour de cet acte, sur les biens du constituant, au profit du créancier, pour l'accomplissement de cette obligation. Dumoulin,

Tr. de us., quæst. 15, convient de cette hypothèque pour la restitution de la somme que le débiteur a reçue. Il y a plus de difficulté pour l'hypothèque de la nouvelle rente, que le débiteur a constituée au taux légitime sur la réquisition du créancier, pour ce qui restait dû de cette somme. Dumoulin, *ibidem*, pense que le créancier n'a d'hypothèque pour les arrérages de cette nouvelle rente, que du jour de la nouvelle constitution, et qu'il ne conserve celle du premier contrat que pour le principal. Je penserais qu'il devrait la conserver indistinctement pour les arrérages et le principal de cette nouvelle rente, puisque l'obligation de la constituer, faute de restituer la somme, était une obligation de ce premier contrat.

21. Un contrat de constitution de rente faite à un taux formellement plus fort que celui prescrit par la loi, doit être déclaré nul, et les arrérages en doivent être imputés au principal, quand même la rente aurait été constituée au profit d'un mineur, d'un interdit ou d'un absent, pour lequel aurait stipulé un tuteur ou curateur, ou un fondé de procuration générale : car, quoique le mineur, l'interdit ou l'absent, n'aient eu aucune part à l'injustice, il suffit que le contrat la renferme. C'est le sentiment de Dumoulin, *Trac. de usur., quæst.* 13. Autrement ce serait ouvrir aux usuriers un moyen de contrevenir à la loi qui a réglé le taux des rentes, sans crainte de la nullité du contrat, et de l'imputation des arrérages au principal, en interposant un mineur ou un absent, au nom duquel ils paraîtraient contracter. Ajoutez que c'est un principe de droit, que l'injustice, que commet en contractant celui qui contracte au nom d'un autre, peut être opposée par exception au mineur ou autre au nom duquel il a contracté, lorsque ce mineur ou autre veut se servir du contrat; *l.* 4, § 18, 23, 24, 25, *ff. de dol. mal. et met. except.*

Cette décision a lieu, quand même, par l'insolvabilité du tuteur, le mineur n'aurait aucun recours efficace contre lui : *Nec illud esse distinguendum*, dit la loi 4, § 13, *cautum sit ei (pupillo) an non, solvendo sit an non, dummodò rem administret : undè enim divinat is qui cum tutore contrahit?*

22. Il y a, néanmoins, un cas dans lequel je penserais qu'une constitution de rente, quoique faite formellement à un taux plus fort que celui réglé par la loi, ne devrait pas être annulée, mais seulement réduite et réformée *ad legitimum modum :* c'est celui auquel, par un abus que j'ai vu autrefois pratiquer dans une juridiction, les deniers des mineurs auraient été criés en justice, et adjugés par le juge, à rente, pendant le temps de leur minorité, au plus offrant enchérisseur, au fur du denier quinze ou seize, ou autre formellement plus fort que celui réglé par la loi. En ce cas, l'injustice et la contravention à la loi, qu'une telle constitution de rente renferme, paraît excusable, comme étant couverte par l'autorité de l'usage et du juge. Elle doit donner lieu à la réformation, mais non à la nullité du contrat et à l'imputation des arrérages sur le principal. Quoique le contrat soit injuste par lui-même, on ne peut pas dire que le tuteur soit de mauvaise foi, ayant été trompé par l'usage et par l'autorité du juge; *Bonæ fidei possessor est, qui auctore judice comparavit; l.* 137, *ff. de reg. jur.*

23. La seconde manière, dont les contraventions à la loi qui a réglé le taux des rentes sont réprimées, est la simple réformation du contrat. Elle a lieu, lorsque la contravention n'est pas formelle, mais indirecte, c'est-à-dire, lorsque la rente a été constituée au taux réglé par la loi, et que ce n'est qu'indirectement, en vertu de quelque clause particulière du contrat, que celui, à qui la rente a été constituée, reçoit quelque avantage au-delà de ce taux. Telle serait l'espèce d'une constitution de rente faite au denier vingt, mais avec la clause que la rente serait payée sans rétention de dixième et autres impositions. Le créancier reçoit plus du denier vingt, puisqu'il ne souffre pas la déduction des impositions que le débiteur est censé avoir payées pour lui au roi; néanmoins le contrat de constitution n'est pas, en ce cas, déclaré nul, il est seulement réformé; et cette réformation consiste à déclarer seulement cette clause nulle, et à donner au débiteur la répétition de tout ce qu'il a payé au-delà du taux légitime; mais sans qu'il puisse l'imputer sur le principal de la rente. Par exemple, si quelqu'un était débiteur d'une rente de 50 liv. au principal de 1,000 liv., et qu'en conséquence d'une pareille clause il l'eût payée pendant douze ans, sans retenir la somme de 100 sous qu'il avait droit de retenir par chacun an, pour le dixième, il aurait la répétition de la somme de 60 liv. à laquelle monte tout ce qu'il a payé de trop pendant lesdites douze années; mais il ne pourrait l'imputer sur le capital de la rente.

Cette répétition est sujette, de même que toutes les autres dettes, à la prescription de trente ans. C'est pourquoi, si le débiteur avait payé pendant plus de trente ans exactement cette rente, il ne pourrait prétendre la répétition que de ce qu'il aurait payé de trop pendant les vingt-neuf dernières années, et non de ce qu'il aurait payé de trop auparavant.

24. Quoiqu'il soit porté, par le contrat, que la constitution de rente est faite au denier vingt, qui est aujourd'hui le taux de la loi, néanmoins

la constitution de rente doit, en certains cas, être non seulement réformée, mais déclarée nulle, avec imputation des arrérages au principal; c'est quand le créancier a stipulé, par quelque clause particulière du contrat, une chose qui renferme un lucre si manifeste et si excessif, qu'il est évident que ce n'est que pour éluder la loi qu'il a été exprimé par le contrat que la rente avait été constituée au denier vingt. On peut apporter pour exemple la clause par laquelle, dans un contrat de constitution de rente faite au denier vingt, le créancier aurait stipulé qu'en paiement des arrérages de la rente, il aurait la jouissance d'un certain héritage du débiteur, sans qu'il fût obligé de lui en rendre compte. Ce contrat doit être déclaré nul, s'il paraît que le créancier n'ignorait pas que le revenu de cet héritage valait beaucoup plus que la rente, *putà*, le double ou le triple de la rente. Hors ce cas, le débiteur ne peut pas conclure à la nullité du contrat, mais seulement demander compte de la jouissance qu'il a abandonnée pour la rente, et répéter l'excédant, s'il y en a.

25. Aucun laps de temps, pas même de cent ans, ne peut couvrir le vice d'un contrat de constitution, qui contient une contravention formelle à la loi qui a réglé le taux des rentes. Le débiteur doit toujours être admis à demander la nullité du contrat, et l'imputation sur le principal de tous les arrérages qu'il justifiera avoir payés. L'injustice de ce contrat réclame perpétuellement en faveur de ce débiteur; le temps ne fait que l'augmenter, bien loin de la diminuer; *cap. fin. extrà de consuetudine.* En vain opposerait-on que la prestation d'une rente constituée pendant trente ans, et à plus forte raison pendant plus de cent ans, peut me faire acquérir la créance de cette rente, quand même ni moi ni mes auteurs n'aurions payé aucun prix pour l'acquérir. A plus forte raison, dira-t-on, la longue prestation doit me la faire acquérir, lorsque, pour l'acquérir, j'ai payé un prix, quoiqu'inférieur à celui réglé par la loi. La réponse est facile. Si la longue prestation, lorsqu'il ne paraît aucun contrat de constitution, me fait acquérir la créance de la rente qui m'a été uniformément payée pendant le temps de la prescription, c'est que cette longue prestation fait présumer que je l'ai acquise pour le prix légitime; mais il ne peut y avoir lieu à cette présomption, lorsque le contrat de constitution est produit, et qu'il se trouve fait pour un prix unique, et au-dessous de celui prescrit par la loi. C'est pourquoi la longue prestation, en ce cas, ne peut m'être d'aucune utilité; c'est le cas de la maxime : *Melius est non habere titulum, quàm habere malum aut vitiosum.*

Cette décision a lieu, quand même les successeurs de celui à qui cette rente a été constituée, en auraient pendant long-temps perçu de bonne foi les arrérages, quand même il en aurait été passé des reconnaissances par les héritiers du débiteur, qui n'exprimeraient pas le prix pour lequel la rente a été constituée, et par conséquent ne feraient pas connaître le vice de la constitution. Nonobstant cette prestation de bonne foi, lorsque le titre original sera rapporté, et que le vice de la constitution paraîtra, le débiteur sera reçu à en demander la nullité, et l'imputation des arrérages sur le principal. De là cette maxime, que l'usure ne se couvre jamais; *Molin., quæst.* 17. On ne peut pas non plus opposer contre cette demande l'Ordonnance de Louis XII, de 1510, art. 46, qui ordonne que toutes rescisions de contrats et autres actes se prescriront par le laps de dix ans; car cette Ordonnance n'a pas lieu à l'égard des contrats usuraires.

26. Il n'en est pas de même de l'action qu'a le débiteur d'une pareille rente, pour la répétition de ce qu'il a payé en arrérages au-delà du principal. Cette action est sujette à la prescription de trente ans, de même que toutes les autres actions. C'est pourquoi il ne peut répéter que ce qu'il a payé au-delà du principal depuis trente ans avant sa demande, et non ce qu'il aurait payé au-delà du principal avant les trente années. Il ne peut pas, en ce cas, alléguer la maxime, *que l'usure ne se couvre jamais;* car cette maxime doit être entendue en ce sens, que le débiteur est toujours recevable à demander la nullité d'une convention usuraire, et à se défendre de l'exécuter, mais non pas en ce sens, qu'il a perpétuellement la répétition des usures qu'il a payées : cette répétition se prescrit, puisque celle même des choses volées se prescrit. Dumoulin, *ibidem,* apporte ce tempérament, savoir, que la prescription contre la répétition des arrérages payés au-delà du principal avant les trente ans du jour de la demande, peut bien courir au profit des héritiers de l'usurier, et être par eux opposée, ces héritiers ayant pu être de bonne foi et avoir ignoré le contrat; mais qu'elle ne peut être opposée par l'usurier lui-même, ni courir à son profit, et qu'il ne peut jamais se défendre de restituer ce qu'il a reçu de mauvaise foi. Ce tempérament me paraît souffrir difficulté, et j'aurais de la peine à admettre dans le for extérieur, après trente ans, le débiteur, même contre l'usurier, à la répétition de ce qu'il a payé en arrérages de plus que le capital de la rente. Ma raison est que la prescription de trente ans contre les actions personnelles, n'étant fondée que sur la négligence qu'a eue le créancier d'intenter son action pendant le temps prescrit pour la durée des actions, comme nous

l'avons vu en notre Traité des obligations, *part.* 3, *ch.* 8, la mauvaise foi de l'usurier paraît ne devoir pas entrer en considération, ni par conséquent l'exclure d'opposer cette prescription. Je l'y croirais recevable, surtout dans le cas auquel il aurait cessé, il y a plus de trente ans, de se faire payer des arrérages; car il en résulterait une présomption qu'il aurait satisfait à la restitution dont il était tenu de ce qu'il avait reçu d'arrérages au-delà du principal.

27. Les contraventions formelles, qui donnent lieu à prononcer la nullité de la constitution de rente, et à l'imputation des arrérages au capital, ne sont pas les seules qui ne se couvrent jamais par quelque laps de temps que ce soit. Dumoulin, *quæst.* 17, enseigne qu'il en est de même des contraventions moindres, qui ne donnent pas lieu à la nullité, mais seulement à la réformation de la constitution de rente. Quelque long que soit le temps qui s'est écoulé depuis que cette constitution a été faite sans que le débiteur s'en soit plaint, il est toujours recevable à s'en plaindre, et à en demander la réformation. Les mêmes raisons, que nous avons apportées ci-dessus à l'égard des contraventions formelles, militent à l'égard de celles-ci.

ARTICLE II.

En quoi doivent être constituées les rentes, et quel doit être le prix de la constitution.

28. Autrefois on constituait à prix d'argent, non seulement des rentes d'une certaine somme d'argent, mais des rentes d'une certaine quantité de grains ou autres espèces. Mais depuis l'édit de Charles IX, du mois de novembre 1565, on ne peut plus constituer à prix d'argent que des rentes d'une somme d'argent; et même toutes les rentes de grains et autres espèces, qui avaient été constituées à prix d'argent avant cet édit, ont été converties en rentes d'une somme d'argent sur le pied du denier douze de leur principal. Le motif de cette loi a été que la valeur des grains étant variable et incertaine, la faculté de constituer à prix d'argent des rentes en grains, donnerait la facilité de les constituer à un taux plus fort que le taux légitime.

29. Le prix de la constitution doit aussi être une somme d'argent, qui doit être payée lors de la constitution, par l'acquéreur de la rente, au vendeur qui s'en est constitué le débiteur.

Ce paiement du prix est de l'essence du contrat de constitution, comme nous l'avons déjà vu *suprà*. Le contrat de constitution n'est pas parfait avant ce paiement, et la rente ne peut pas commencer à courir auparavant. C'est pourquoi les clauses, par lesquelles on conviendrait que la rente commencerait à courir auparavant, sont nulles. Par exemple, si, par contrat passé cejourd'hui 10 janvier 1770, j'avais acquis de vous 50 liv. de rente pour le prix de 1,000 liv.; si, pour le paiement de cette somme, je vous avais remis un billet d'un de mes débiteurs, payable au 10 mars prochain, et qu'il fût néanmoins convenu que la rente commencerait à courir du jour du contrat, et que le premier paiement d'une année s'en ferait au 10 janvier 1771, une telle clause serait nulle; et sans avoir égard à cette clause, la rente ne commencerait à courir que du 10 mars, jour auquel vous auriez reçu de la personne par moi indiquée la somme de 1,000 liv., prix de la constitution.

30. Cela est indubitable, lorsque la rente a été constituée au denier vingt : devrait-on décider de même, si la rente avait été créée à trois pour cent du capital? Oui. J'aurais pu, à la vérité, valablement stipuler que vous me paierez la somme de 30 liv. au 10 de janvier 1761, pour neuf mois d'arrérages de la rente, puisque, suivant le taux de l'Ordonnance, les arrérages de neuf mois d'un capital de 1,000 liv. peuvent aller jusqu'à 37 liv. 10 sous; mais je ne puis pas stipuler que vous me devrez une année d'arrérages au 10 de janvier, puisque c'est faire courir la rente avant que le contrat de constitution ait été parfait par le paiement du prix de la constitution, ce que la nature de ce contrat ne permet pas. On peut dire qu'en stipulant de cette manière, *non feci quod potui, feci quod non potui*.

31. La tradition des deniers, prix de la constitution, tradition nécessaire pour former le contrat et pour faire courir la rente, doit être une tradition réelle. Une tradition feinte de la somme ne serait pas suffisante; il faut un dessaisissement réel. Par exemple, s'il était convenu que la somme, pour laquelle j'acquiers la rente, resterait par forme de dépôt entre mes mains, jusqu'à l'emploi que le vendeur de la rente s'est obligé d'en faire, le contrat ne serait pas parfait, et la rente ne pourrait commencer à courir, tant que la somme resterait ainsi entre mes mains.

Le créancier ne serait pas même censé suffisamment dessaisi, et la rente ne courrait pas, s'il avait reçu, par forme de nantissement du vendeur, quelque chose à la place de la somme qu'il aurait comptée au vendeur.

Au reste, il n'importe que la somme, qui est payée au vendeur constituant la rente, soit payée à lui-même, ou à quelque autre de son ordre, suivant cette règle de droit : *Quod jussu meo alicui solvitur, perindè est ac si mihi solutum esset*; *l.* 180, *ff. de reg. jur.*

32. Un paiement n'étant parfait que lorsque la propriété des deniers payés a été transférée à

celui qui les a reçus, *Traité des obligations, part.* 3, *n.* 540, il s'ensuit que, si l'acquéreur de la rente avait donné en paiement des espèces appartenantes à un tiers, sans le consentement de ce tiers, le contrat de constitution ne serait pas valable; mais il le devient, lorsque celui, qui a reçu les deniers, les a employés de bonne foi : *Quia tantumdem præstat bonæ fidei consumptio ei qui nummos accepit, quàm præstitisset dominii translatio.* Voyez le *Traité des obligations, n.* 497.

33. Si l'acquéreur de la rente avait donné au vendeur, en paiement du prix de la rente, des deniers qui appartinssent au vendeur; soit que cela se fût fait de bonne foi ou non, le contrat de constitution ne pourrait jamais être valable; car le vendeur ne peut jamais, en ce cas, être censé avoir acquis ses propres deniers qui lui ont été payés; car il n'est pas possible que quelqu'un acquière ce qui lui appartient déjà. C'est la différence qu'observe fort bien Dumoulin, *Tract. de Usur., quæst.* 44, entre cette espèce et la précédente : *Quùm dominus*, dit-il, *non possit magis fieri dominus, liquet quòd consumptio in domino non potest operari reconciliationem, licèt possit eam operari in non domino.*

Cette question, de même que la précédente, est plus de théorie que de pratique; car l'argent n'étant pas reconnaissable, il n'est guère possible, dans la pratique, d'établir que les deniers, qui ont été comptés par l'acquéreur de la rente au constituant, étaient des deniers qui n'appartenaient pas à l'acquéreur de la rente, mais qui appartenaient déjà au constituant ou à un tiers : c'est pourquoi il ne peut guère y avoir lieu dans la pratique à ces questions.

34. Lorsque le vendeur ou constituant est débiteur de quelque somme envers l'acquéreur de la rente, la quittance, que lui en donne l'acquéreur par le contrat, en paiement du prix de la constitution, tient lieu d'un paiement réel pour faire courir dès ce temps les arrérages. Il n'importe que la dette, en paiement de laquelle une rente est constituée, ait été contractée avant la constitution, ou dans le même temps, comme lorsque le vendeur d'un héritage se fait, par le même contrat de vente de l'héritage, constituer une rente par l'acheteur, en paiement de la somme pour laquelle il le lui a vendu.

35. Il semblerait qu'un marchand, qui vend à quelqu'un des marchandises, pourrait pareillement se faire constituer une rente par l'acheteur, en paiement de la somme pour laquelle il les lui vend. Néanmoins, Dumoulin, *Tract. de Us., quæst.* 22, enseigne que ces constitutions de rente doivent être déclarées nulles. Il en donne deux raisons : la première est que, le marchand étant censé retirer de la vente de ses marchandises le profit ordinaire que les marchands détailleurs ont coutume d'en retirer, il ne doit pas lui être permis d'en retirer un second profit, en se faisant constituer une rente pour le prix. La seconde raison, pour rejeter ces constitutions de rente, est qu'elles pourraient être la matière de plusieurs fraudes. Un marchand obligerait un homme, qui a besoin d'argent, à acheter des marchandises dont il n'a pas besoin, et qu'il serait obligé de revendre à perte; ou dans le cas auquel il en aurait besoin, il les lui vendrait au-delà de leur valeur. Dans l'un et l'autre cas, une personne se trouverait avoir constitué une rente plus forte que le taux légitime, eu égard à la valeur effective qu'elle aurait reçue pour le prix d'icelle.

Par ces raisons, Dumoulin veut qu'on déclare nulles les constitutions de rentes, non seulement lorsqu'elles ont été faites dans le temps même de l'achat des marchandises, mais aussi lorsqu'elles ont été faites peu après, parce qu'on peut soupçonner, en ce cas, que le marché s'est fait avec une paction secrète qu'on constituerait rente pour le prix. Mais lorsque le long intervalle de temps, qui s'est écoulé entre l'achat des marchandises et la constitution de rente, exclut ce soupçon, comme lorsqu'il y a un an d'intervalle, Dumoulin convient, en ce cas, de la validité de la constitution de rente faite pour le prix des marchandises que l'acheteur devait au marchand. La doctrine de Dumoulin sur les constitutions de rentes pour prix de marchandises, n'est pas suivie à la rigueur. Quoique la constitution de rente ait été faite en même temps que l'achat des marchandises, s'il n'y a aucun soupçon de fraude, et qu'il paraisse que les marchandises étaient à l'usage de l'acheteur, et qu'elles ont été vendues le juste prix, on ne déclare pas nulle la constitution de rente; on se contente seulement de ne faire courir la rente, que depuis l'expiration du temps qu'on a coutume d'accorder à un acheteur pour le paiement du prix de la marchandise. C'est ce que m'a assuré M. Rousseau.

36. La constitution de rente faite pour prix de choses mobilières, par le contrat de vente desdites choses, ou peu après, peut être suspecte d'usure, et comme telle déclarée nulle, non seulement lorsque c'est un marchand de profession qui vend les marchandises pour le prix desquelles on lui constitue la rente, mais même lorsqu'un particulier, quel qu'il soit, vend une chose mobilière à quelqu'un, pour le prix de laquelle on lui en constitue rente, s'il paraît que le constituant, à qui cette chose a été vendue, ne l'achetait que pour la revendre et la convertir en argent, et qu'elle lui ait été vendue pour une plus grosse somme que celle qu'il en

aurait pu vraisemblablement faire en le revendant. C'est pourquoi Dumoulin, *quæst.* 23, décide que, si un particulier, au lieu de l'argent que je lui aurais demandé, me vend de la vaisselle d'argent, dont je n'ai pas besoin, pour le prix de laquelle je lui constitue rente, il faut, pour que cette constitution soit valable, qu'il m'ait vendu cette voisselle pour le prix seulement du poids de l'argent, et sans y ajouter le prix de la façon, lorsqu'il est vraisemblable qu'en la revendant je n'en retirerai pas davantage.

37. Il résulte de tout ceci, que les décisions sur les constitutions de rente faites pour prix de choses mobilières, par le contrat de vente desdites choses ou peu après, dépendent beaucoup des différentes circonstances.

Si les choses mobilières, qu'on vous a vendues, pour le prix desquelles vous avez constitué rente, étaient des choses à votre usage, que vous avez achetées pour votre usage, et non pour revendre, et qu'elles vous aient été vendues au juste prix, la constitution sera valable; sauf que si c'est un marchand qui les a vendues, les arrérages ne commenceront à courir qu'après le temps que les marchands ont coutume d'accorder pour le paiement desdites marchandises; si c'est un particulier, les arrérages courront du jour du contrat.

Si les choses ont été vendues au-delà du juste prix, et que l'excès dans le prix soit considérable, et tel que le vendeur n'ait pu ignorer qu'il vendait au-delà du juste prix, la constitution de rente faite pour ce prix excessif doit être déclarée nulle et usuraire, et les arrérages, qui en ont été payés, doivent être imputés sur le principal, qui doit même en outre être réduit au juste prix. Si l'excès dans le prix était modique, la constitution de rente ne doit pas être annulée, mais seulement réformée par la réduction du principal au juste prix, et des arrérages sur le pied de l'intérêt du juste prix. Ce qui a été payé de trop ne doit pas être imputé sur le principal; mais il doit être répété, ou déduit sur les arrérages à venir.

Lorsque les choses mobilières qu'on vous a vendues, et pour le prix desquelles vous avez constitué rente, étaient des choses que vous achetiez pour revendre et en faire de l'argent; si celui, qui vous les a vendues, qu'il fût marchand ou non, a dû s'en apercevoir, soit par la nature de ces choses, qui n'étaient pas à votre usage, soit par d'autres circonstances, le contrat doit être déclaré nul et usuraire, à moins qu'elles n'aient été vendues pour un prix modique, et une somme égale à celle que vous pouviez vraisemblablement en retirer en les revendant; auquel cas la constitution de rente est valable; sauf que les arrérages ne doivent commencer à courir que depuis le temps qu'on jugera vous avoir été nécessaire pour trouver à les revendre.

38. La somme, en paiement de laquelle le débiteur peut constituer une rente au créancier à qui elle est due, doit être une somme principale : une constitution de rente, que le débiteur d'une rente constituée ferait au créancier en paiement des arrérages qu'il lui doit de cette rente, ne serait pas valable, et les arrérages, qui en auraient été payés, devraient être imputés au principal. La raison est que le rapport, qu'a le contrat de constitution avec le prêt à intérêt, fait regarder les arrérages d'une rente constituée comme des espèces d'intérêts; et par conséquent la constitution de rente, qui est faite en paiement desdits arrérages au créancier à qui ils sont dus, est considérée comme une espèce d'*anatocisme*, contraire aux lois, qui défendent *ne usuræ usurarum exigantur*.

Le débiteur peut même, à cet égard, déférer le serment au créancier, s'il n'est pas vrai que le prix de la nouvelle constitution est en paiement des arrérages de l'ancienne. Il en est de même d'un contrat de constitution faite à un créancier en paiement d'intérêts dus *ex mora*.

39. Mais il en est autrement de celui qui serait fait en paiement d'arrérages d'une rente foncière : ces arrérages, de même que des fermages d'héritages ou des loyers, sont regardés comme somme principale, en paiement de laquelle on peut licitement constituer rente au créancier à qui ils sont dus; *Molin, quæst.* 24.

Dumoulin, *loco citato*, apporte ce tempérament à l'égard des constitutions de rente qu'un fermier fait à son maître en paiement de ses fermes, que si la constitution de rente a été faite dans des circonstances dans lesquelles il était de l'équité que le maître accordât terme à son fermier pour le paiement de ses fermes, il doit être, en ce cas, laissé à la prudence du juge d'ordonner que les arrérages de la rente ne commenceront à courir que du jour de l'expiration du délai qu'il eût été équitable de lui accorder.

40. La constitution de rente pour des intérêts et des arrérages de rentes constituées, n'est illicite que lorsqu'elle est faite au créancier à qui ces intérêts ou arrérages étaient dus. Mais lorsque je constitue rente à un tiers pour le prix des intérêts ou arrérages de rente qu'il a payés pour moi au créancier à qui je les devais, la constitution est valable, à moins que je ne fusse en état de justifier que ce tiers était une personne interposée par mon créancier, et qui ne faisait que lui prêter son nom.

La qualité de fils de mon créancier dans la personne à qui j'ai constitué la rente, n'est pas seule suffisante pour faire présumer qu'elle est

un prête-nom et une personne interposée par mon créancier. C'est ce qui a été jugé par une sentence des requêtes rapportée par Dumoulin, *quæst.* 23, *in fine*, qui a déclaré la constitution valable.

41. Il nous reste à observer que si la dette, en paiement de laquelle j'ai constitué une rente au créancier, n'était pas encore exigible au temps du contrat de constitution, les arrérages de cette rente ne doivent commencer à courir que depuis l'expiration du temps dans lequel cette dette était payable : autrement le créancier tirerait en même temps double avantage du contrat de constitution; savoir, l'anticipation du paiement de la dette et les arrérages, ce que la nature de ce contrat ne permet pas.

42. Je puis vous constituer rente, non seulement en paiement et pour le prix d'une dette que je vous dois, mais aussi en paiement de celle que je dois à un tiers, et que vous vous chargez d'acquitter à ma décharge. Mais comme il est de l'essence du contrat de constitution que la rente ne commence à courir que du jour que le constituant en a reçu ou dû recevoir le prix, cette rente ne commencera à courir que du jour que vous m'aurez procuré la libération de cette dette, par le paiement que vous en aurez fait, ou la décharge que vous en aurez obtenue pour moi de mon créancier.

ARTICLE III.

De la nécessité de l'aliénation du sort principal, pour la validité du contrat de constitution.

43. Il est nécessaire, pour la validité du contrat de constitution, que le sort principal soit aliéné, c'est-à-dire, que le créancier ne puisse jamais exiger de celui qui lui a vendu la rente, la somme pour laquelle il l'a acquise : autrement le contrat ne serait pas un contrat de constitution, mais un véritable prêt à intérêt, qui est défendu par les lois, et le débiteur pourrait imputer et déduire sur le principal tous les arrérages qu'il aurait payés.

44. On avait cru autrefois, dans notre province d'Orléans, que les deniers des mineurs devaient être exceptés de cette règle : c'est pourquoi ils étaient criés et adjugés en justice à intérêt à celui qui offrait la meilleure condition pour le mineur, avec la clause que le preneur serait obligé de rendre le principal à la majorité des mineurs. Cet abus a duré jusqu'à un arrêt du 7 septembre 1726, qui a fait défense au prévôt d'Orléans de faire de pareilles adjudications. Néanmoins, comme l'usage rendait les tuteurs en quelque façon excusables, on n'a pas ordonné l'imputation au principal des intérêts des baux faits avant cet arrêt; on s'est contenté d'ordonner que le principal en demeurerait aliéné.

45. Si le sort principal était exigible pour partie, le contrat de constitution ne serait nul que pour cette partie, et serait valable pour le surplus.

46. Pareillement, si le sort principal n'a été exigible que pendant un certain temps, le contrat de constitution ne sera nul que pour ce temps. Suivant ce principe, si je vous prête aujourd'hui une somme de 1,000 liv., que vous vous obligez de me rendre à ma volonté, avec clause que, si elle n'est pas rendue au bout de trois ans, vous m'en constituez dès à présent, comme dès lors, une rente de 50 liv., qui commencera à courir d'aujourd'hui; ce contrat de constitution est nul pour le temps de trois années, pendant lequel j'ai pu exiger la somme de 1,000 liv., et les arrérages n'ont pu en courir pendant ce temps; mais il est valable à commencer depuis l'expiration des trois années, après lesquelles j'ai cessé de pouvoir exiger le capital, et les arrérages ne doivent commencer à courir que de ce temps; *Molin., quæst.* 26.

Il en serait autrement, s'il était dit que vous avez reçu de moi une somme de 1,000 liv., avec clause que, si elle n'était pas rendue dans les trois ans, vous m'en constituez dès à présent, comme dès lors, une rente de 50 liv., qui commencera à courir dès aujourd'hui. Nul doute, que ce contrat de constitution ne soit entièrement valable, et que, faute par vous de m'avoir rendu la somme dans les trois ans, la rente courrait du jour du contrat, puisqu'il n'a jamais été en mon pouvoir de l'exiger; *Molin., ibidem.*

47. Lorsqu'une rente est constituée pour le prix d'un héritage, ou pour un retour de partage d'immeubles, par le contrat de vente ou par le partage, la clause, que le débiteur sera tenu de racheter la rente au bout d'un certain temps, est valable, et n'empêche pas que la constitution de rente ne soit valable. C'est la décision d'un arrêt de 1517, rapporté par Dumoulin, *quæst.* 27. La raison est que cette clause est censée, en ce cas, être une clause de la vente ou du partage, plutôt que du contrat de constitution, qui n'en est pas susceptible : cette clause, d'ailleurs, ne renferme aucune injustice, puisqu'elle a le même effet que si, sans faire aucune constitution de rente, il eût été stipulé que le prix ou le retour serait payé au bout de ce temps, avec les intérêts jusqu'au paiement, ce qui est très licite, les intérêts du prix d'un héritage ou d'un retour de partage étant dus *ex naturâ contractûs.*

48. Et même, dans les rentes constituées à purs deniers, le débiteur peut quelquefois être

obligé au remboursement ; savoir, lorsqu'il manque d'accomplir quelque condition du contrat, sans laquelle le créancier ne lui aurait pas donné son argent pour acquérir la rente; *putà*, lorsqu'il a promis de faire un emploi des deniers qui lui ont été donnés pour le prix de la constitution, et qu'il ne l'a pas fait; ou lorsqu'il a hypothéqué à la rente un héritage qu'il a assuré être franc de toute autre hypothèque, et que la déclaration qu'il a faite se trouve fausse. Dans ces cas, l'action, qu'a le créancier pour se faire rembourser du sort principal, n'empêche pas les arrérages de courir jusqu'au remboursement. Dans ces cas, c'est la faute du vendeur et débiteur de la rente qui manque à sa promesse, ou qui a fait une fausse déclaration, qui donne lieu à la répétition du principal; mais dans quelque autre cas que ce soit, où il n'y aurait pas de faute de la part du débiteur, on ne peut valablement convenir qu'il pourra être contraint au remboursement du principal. C'est pourquoi Dumoulin, *quæst.* 8, décide qu'on ne peut valablement convenir qu'en cas de perte des hypothèques de la rente, *putà*, par incendie, le débiteur pourra être contraint au rachat de la rente.

49. Lorsque quelqu'un des héritages hypothéqués à une rente est vendu par décret, ou lorsque des provisions d'un office hypothéqué sont expédiées au profit du résignataire du débiteur, le créancier de cette rente, qui a fait opposition au décret de l'héritage, ou au sceau de l'office, peut exiger son principal et ses arrérages sur le prix dudit héritage ou dudit office. La raison est, qu'il est de la nature de l'hypothèque et du décret qui en est l'exécution, que le prix de la chose adjugée par décret soit employé à payer les dettes auxquelles elle était hypothéquée; et le sceau des offices a le même effet que le décret.

50. Il est contre l'essence du contrat de constitution, que le vendeur et le débiteur de la rente s'oblige envers le créancier à la racheter; mais rien n'empêche qu'il puisse s'y obliger envers un tiers, *putà*, envers celui qui s'est rendu caution pour lui de cette rente, à moins qu'il ne parût que cette caution est une caution simulée, interposée par le créancier pour lui procurer le rachat de la rente. *Voyez*, sur les obligations de rembourser que le débiteur d'une rente peut contracter envers la caution, *plusieurs questions en notre Traité des obligations*, *n.* 442, 443.

ARTICLE IV.

De la faculté que le constituant doit avoir de racheter la rente.

51. Les lois, tant séculières qu'ecclésiastiques, qui ont permis dans le for extérieur, et déclaré licite dans le for de la conscience, le contrat de constitution, y ont apposé cette condition; que le débiteur, qui a constitué la rente, et ses successeurs, auraient toujours la faculté de racheter la rente et de s'en libérer, en rendant au créancier la somme qui a été payée pour le prix de la constitution.

De là il suit, 1° que cette faculté est imprescriptible; 2° qu'elle doit toujours être sous-entendue dans tous les contrats de constitution, quoiqu'elle n'y soit pas exprimée; 3° qu'une clause, dans un contrat de constitution de rente, par laquelle la faculté de racheter la rente serait formellement refusée au débiteur qui l'a constituée, rendrait le contrat nul et incapable de produire des arrérages, jusqu'à ce que le créancier eût déclaré au débiteur qu'il se désiste de cette clause. C'est pourquoi tous les arrérages courus avant cette déclaration, que le débiteur aurait payés, doivent être censés avoir été payés sans cause et sans être dus, et le débiteur, qui les a payés, peut les imputer sur la somme qu'il a reçue pour le prix de la constitution, qui en doit être diminué et acquitté d'autant.

52. De là il suit, 4° qu'on doit regarder comme nulles toutes les clauses du contrat de constitution qui tendraient à restreindre ou à gêner, de quelque façon que ce soit, la faculté que doit avoir le débiteur de racheter la rente.

Telle est la clause, par laquelle il serait stipulé que le débiteur ne pourrait racheter la rente qu'en indiquant au créancier un autre bon emploi des deniers du rachat. Telle est celle, par laquelle il serait dit que le débiteur ne pourrait racheter la rente qu'après en avoir averti le créancier six mois auparavant, afin que le créancier eût le temps de trouver un autre emploi. Il est vrai que Basset rapporte un arrêt de son parlement, qui a jugé cette clause valable; mais je ne crois pas que cet arrêt doive être suivi, étant contraire aux lois, qui n'ont permis le contrat de constitution que sous la condition que le débiteur jouirait de la faculté de racheter la rente toutes les fois qu'il lui plairait.

Observez, néanmoins, une différence entre ces clauses, et celle par laquelle la faculté de racheter la rente serait formellement déniée. Celle-ci rend le contrat de constitution nul, et en conséquence les arrérages, qui en ont été payés, s'imputent sur le principal, comme il a été dit ci-dessus; au lieu que ces clauses, qui ne contredisent pas formellement la loi, et qui n'y donnent qu'une atteinte indirecte, sont à la vérité nulles, mais elles n'entraînent pas la

nullité du contrat de constitution. C'est pourquoi le débiteur pourra être admis au rachat, sans avoir égard à ces clauses, sans avoir averti six mois auparavant, et sans être tenu d'indiquer un emploi : mais le contrat est valable; et bien loin que le débiteur puisse imputer sur le principal les arrérages qu'il a payés, il sera tenu de payer ceux qui ne l'ont pas été, et qui ont couru jusqu'au jour du rachat.

53. Il en est de même des clauses qui tiendraient à exiger du débiteur de la rente, en cas de rachat, quelque chose au-delà de la somme qu'il aurait reçue pour le prix de la constitution. Par exemple, telle est celle par laquelle il serait dit que si, depuis le contrat, il survenait une augmentation sur les espèces, le débiteur ne pourrait racheter la rente qu'en rendant le nombre d'écus qu'il a reçus. Telle est celle par laquelle il serait dit, qu'en cas de rachat, il serait tenu de payer en entier l'année courante, quoique le terme n'en fût pas encore entièrement échu. Ces clauses sont nulles; mais elles ne rendent pas nul le contrat de constitution où elles sont insérées.

Mais si la clause portait que le débiteur ne pourrait racheter qu'en rendant la somme qu'il a reçu pour le prix de la constitution, l'excès qu'elle renferme pourrait paraître assez considérable pour faire déclarer le contrat nul.

54. Pour éluder la loi, qui veut que le débiteur d'une rente constituée ait toujours la faculté de la racheter, la cupidité a inventé une fraude dont voici l'espèce. Vous me demandez une somme d'argent dont vous avez besoin, et pour laquelle vous m'offrez de me constituer une rente; je voudrais que vous ne pussiez la racheter, ou du moins que vous ne le pussiez qu'après un certain temps; mais ne pouvant stipuler valablement cela par un contrat de constitution de rente, je vous fais passer à mon profit un contrat de vente de quelqu'un de vos héritages pour le prix de la somme que vous me demandez; je vous paie cette somme, et je vous rétrocède l'héritage par un bail à rente. Lorsque la fraude est manifeste, comme lorsque le contrat de vente de l'héritage et la rétrocession par bail à rente sont par même charte, ou par différentes, mais à peu de jours de distance, on ne doit pas hésiter à déclarer ces contrats simulés, et à ordonner qu'ils ne vaudront que pour un simple contrat de constitution de rente; mais je ne crois pas qu'on doive porter la rigueur, soit dans le for extérieur, soit dans le for de la conscience, jusqu'à ordonner l'imputation des arrérages au principal. La contravention à la loi, et l'injustice, que renferment ces deux contrats, étant palliées, une partie peu instruite, à qui un notaire a proposé ce moyen, a pu ne les pas sentir; et l'ignorance du créancier mérite quelque indulgence. Le débiteur peut seulement demander que ce qu'il lui en a coûté pour les frais, les droits et les profits de ces deux contrats, de plus que n'aurait coûté un simple contrat de constitution, soit imputé et diminué sur le principal, et que les arrérages de la rente, s'ils sont au denier vingt, soient diminués d'autant, tant pour le passé que pour l'avenir.

Si le débiteur n'a souffert aucun autre préjudice du déguisement de ces contrats, parce qu'il n'a pas été en état de racheter la rente avant la réformation et conversion de ces contrats en un contrat de constitution, il ne peut rien prétendre davantage : mais s'il a pu rembourser, et que le déguisement de ces contrats l'ayant empêché de le faire, ses deniers lui sont demeurés oisifs, le créancier doit, dans le for de la conscience, le dédommager de cette perte; et il doit, pour remplir toute justice, s'en informer au débiteur, et s'en rapporter à sa déclaration. C'est ce que j'ai vu décider sur un cas de conscience qui fut proposé dans une assemblée de théologiens et de jurisconsultes, où l'on m'avait fait l'honneur de m'appeler.

55. Dans les contrats de vente, de louage et autres, on ne peut pas à la vérité convenir valablement que, faute par le débiteur de payer au bout d'un certain temps, les choses qu'il a hypothéquées appartiendront au créancier en paiement de la dette. C'est ce qui s'appelle le *Pacte commissoire*, qui a été condamné par Constantin; *l. fin. Cod. de pact. pign.* Mais on peut valablement convenir que le créancier les retiendra, s'il veut, pour le prix de l'estimation qui en sera faite; *l.* 16, *fin.*, ff. *de pign. et hyp.* Ce pacte, qui est valable dans les autres contrats, ne l'est pas dans le contrat de constitution, et c'est une suite de notre règle, qu'il est de l'essence de ce contrat que le débiteur ait toujours la faculté de racheter la rente, en rendant la somme qu'il a reçue pour le prix de la constitution; *Molin., quæst.* 52.

CHAPITRE III.

Quelles personnes peuvent constituer une rente, et aux frais de qui doit être fait le contrat de constitution.

§ I. QUELLES PERSONNES PEUVENT CONSTITUER UNE RENTE.

56. Les rentes constituées étant une charge perpétuelle des biens du débiteur qui les a constituées, renferment une espèce d'aliénation de ses fonds. Ce principe sert à la décision des questions suivantes. On demande si un tuteur peut constituer une rente sur les biens de son mineur. Il faut, suivant ce principe, décider qu'il ne le peut, si ce n'est pour une juste cause, et en se faisant autoriser pour cela par le décret du juge, sur un avis des parens du mineur : car le pouvoir des tuteurs étant borné à l'administration des biens du mineur, ils ne peuvent, sans l'autorité du juge, faire aucun acte qui en emporte l'aliénation.

Par la même raison, le mineur, quoiqu'émancipé, ne peut lui-même constituer une rente sur ses biens, si ce n'est pour une juste cause, et par l'autorité du juge; car l'émancipation lui donne le pouvoir d'administrer ses biens, et non celui de les aliéner à son gré. Telle est, au rapport de Dumoulin, *quæst.* 37, l'opinion commune des docteurs dans l'un et dans l'autre cas.

Néanmoins, si le prix de la constitution faite par le tuteur ou par le mineur, sans l'autorité du juge, non seulement avait été employé utilement aux affaires du mineur, mais avait servi à augmenter le revenu du mineur de plus, ou du moins d'autant que la rente le diminue; comme s'il avait été employé à l'acquisition d'un héritage dont le revenu, toutes charges déduites, fût ou plus fort que la rente, ou du moins égal à la rente, ou à l'amortissement d'une rente dont le fur fût plus onéreux que celui de la rente qu'il a constituée, ou du moins égal à cette rente : en ce cas, la constitution de rente, quoique faite sans le décret du juge, sera valable, et le mineur ne sera pas recevable à se faire restituer contre.

Pareillement, s'il était justifié que le prix a été employé à faire des réparations nécessaires, ou à acquitter des dettes exigibles, et que le tuteur n'avait pas de deniers pour le faire, la constitution de rente, quoique défectueuse dans la forme, ne laisserait pas de devoir être confirmée, parce qu'elle a été avantageuse au mineur, et qu'elle a empêché la ruine ou saisie réelle de ses biens. Mais si le prix de la constitution a été employé en acquisition de vaisselle ou autres meubles non nécessaires, et qui ne produisent pas de revenu; en ce cas, la constitution de rente n'est pas valable, et le mineur peut être restitué, en tenant compte au créancier du prix qu'il a reçu de lui, jusqu'à concurrence desdits meubles; et il a droit d'imputer sur ce prix principal les arrérages qu'il a payés, sauf le recours du créancier contre le tuteur qui a fait la constitution.

Ce que nous venons de dire d'un tuteur de mineurs, reçoit application aux curateurs des interdits.

57. Un titulaire de bénéfice ne pouvant pas aliéner les biens de son bénéfice, c'est une conséquence qu'il ne peut pas constituer des rentes sur les biens de son bénéfice. Néanmoins, s'il y avait quelque juste cause, comme s'il survenait de grosses réparations aux biens du bénéfice, et que les revenus ne fussent pas suffisans pour les faire, il pourrait obtenir du juge la permission de prendre à constitution la somme nécessaire pour les faire; et en ce cas la constitution de rente faite pour le prix de cette somme, en vertu de la permission du juge, serait valable, et obligerait ses successeurs. Mais le juge ne doit accorder cette permission qu'en grande connaissance de cause, et à condition que la rente sera remboursée au bout d'un certain temps, qu'il doit limiter, et qu'à cet effet le titulaire sera tenu de mettre tous les ans en réserve, sur les revenus du bénéfice, une somme d'environ le tiers desdits revenus, jusqu'à ce que lesdites sommes accumulées soient suffisantes pour faire le rachat.

Cela n'est pas contraire au principe établi en l'article troisième du chapitre précédent : car ce n'est pas envers le créancier que le titulaire qui constitue la rente s'oblige à ce rachat; le créancier ne peut pas l'exiger; c'est envers le bénéfice et envers ses successeurs, que le titulaire contracte cette obligation.

Si la permission du juge, en vertu de laquelle

le bénéficier a pris de l'argent à constitution de rente, avait été accordée sans une juste cause, le successeur pourrait, en appelant de la permission du juge, faire déclarer nulle la constitution de reute; sauf au créancier son recours contre le bénéficier qui a constitué la rente, ou contre sa succession.

58. Le clergé, les états des provinces, constituent aussi valablement des rentes pour les besoins de la province, ou pour payer les subsides qui leur sont demandés par le roi dans les besoins de l'État; mais ils y doivent être autorisés par lettres-patentes du roi enregistrées dans les cours souveraines.

Les villes et les communautés, les corps, les fabriques, les hôpitaux, constituent aussi valablement des rentes en vertu de lettres-patentes dûment enregistrées, ou d'une simple permission du juge, lorsque l'objet n'est pas considérable; et même, quoique cette formalité ait été omise, on juge la constitution valable, lorsque l'emprunt était nécessaire, et que le prix de la constitution a tourné à leur profit. Enfin les rentes, que les communautés régulières constituent, sont valables lorsqu'elles se font avec l'approbation de leurs supérieurs majeurs.

§ II. AUX FRAIS DE QUI DOIT ÊTRE FAIT LE CONTRAT DE CONSTITUTION.

59. Le contrat de constitution étant un contrat qui se fait pour l'utilité réciproque de chacune des parties, il semblerait que ce contrat devrait se passer à frais communs : néanmoins l'usage a prévalu qu'il se passe entièrement aux frais de la partie qui constitue la rente. La raison est, que cette partie s'obligeant envers l'autre à la faire jouir de la rente qu'elle lui constitue, c'est une suite de cette obligation qu'elle lui remette entre les mains l'instrument qui lui est nécessaire pour s'en faire servir; et par conséquent, comme elle lui doit cet instrument, elle en doit faire les frais.

Il n'en est pas de même de l'inféodation du contrat de constitution de rente, assigné spécialement sur un héritage féodal, si ce n'est dans les lieux où elle serait requise pour faire acquérir le droit d'hypothèque au créancier. Partout ailleurs, si le créancier de la rente juge à propos, quoiqu'il n'y soit pas obligé, de porter au seigneur de fief la foi pour cette rente, et que le seigneur veuille bien l'y recevoir, les frais de cet acte d'inféodation doivent être portés par le créancier de la rente. S'il y avait convention au contrat que cet acte se ferait aux frais du débiteur de la rente, la convention serait nulle, comme contraire à cette première règle des contrats de constitution, que le créancier ne peut rien stipuler valablement au-delà du taux de l'Ordonnance; et le débiteur, en ce cas, doit avoir la répétition de ce qu'il aurait payé en conséquence d'une telle convention.

CHAPITRE IV.

Des différens pactes qui peuvent être apposés dans les contrats de constitution, ou depuis; et de l'interprétation de ce qui se peut trouver d'ambigu dans lesdits contrats de rente.

60. Les parties, dans le contrat de constitution de rente, de même que dans tous les autres contrats qui se font dans le commerce de la société civile, peuvent apposer tels pactes que bon leur semble, pourvu que le pacte ne blesse point les règles auxquelles le contrat de constitution de rente est assujetti, comme nous l'avons vu au chapitre précédent.

Ces pactes concernent, ou la sûreté du fonds de la rente, ou les arrérages, ou le rachat.

ARTICLE PREMIER.

Des pactes qui concernent la sûreté du fonds de la rente.

§ I. DE LA CLAUSE DE PASSER ACTES DEVANT NOTAIRES.

61. Un des pactes les plus ordinaires dans les constitutions de rente qui se font par un acte sous la signature privée du constituant, c'est-à-dire, du débiteur de la rente, est que le débiteur s'oblige d'en passer acte devant notaires, lorsque le créancier le requerra.

L'effet de ce pacte est, que le débiteur doit passer, à ses frais, acte pardevant notaires, de la constitution de rente, à la réquisition du créancier, et en fournir à ses frais une grosse en parchemin au créancier.

L'acte se passant aux frais du débiteur, il doit avoir le choix du notaire, et il n'est pas obligé de se servir du notaire du créancier.

Si le débiteur refusait ou différait de passer l'acte, le créancier pourrait assigner le débiteur en reconnaissance du billet qui porte la constitution de rente, et, sur cette assignation, ob-

tenir sentence contre le débiteur, qui déclarerait le billet reconnu, condamnerait le débiteur à la prestation de la rente, aux frais de contrôle du billet, et aux dépens de l'instance.

62. Le créancier peut-il exiger que le débiteur sera condamné précisément à passer acte devant notaires, suivant la clause du billet, sinon qu'il sera contraint à la restitution de la somme qu'il a reçue pour le prix de la constitution de la rente, le créancier n'ayant entendu aliéner cette somme que sous cette condition? La raison pour la négative est, que le créancier, paraît être sans intérêt pour exiger cela : la sentence, qui ordonne la reconnaissance du billet portant constitution de rente, paraît équipoller à l'acte qui serait passé devant notaires, puisque cette sentence donne au créancier les mêmes droits d'hypothèque sur les biens du débiteur, et le même droit d'exécution qu'aurait donné l'acte devant notaires.

La raison pour l'affirmative est, qu'une sentence est sujette à la prescription de trente ans; au lieu qu'un acte devant notaires n'est sujet qu'à la prescription de quarante ans contre l'obligé et ses héritiers. C'est pourquoi le créancier a quelque intérêt de ne pas se contenter de la sentence, et d'exiger devant notaires l'acte qui lui a été promis.

Cette raison cesse dans les Coutumes qui n'ont pas adopté la disposition de la loi *quùm notissimi*, et dans lesquelles l'hypothèque, qui résulte des actes passés devant notaires, est sujette à la prescription de trente années contre l'obligé, comme celle qui résulte des sentences. C'est pourquoi, dans ces Coutumes, il ne peut guère être douteux que le créancier, qui a obtenu sentence contre le débiteur, ne doit pas être écouté à demander autre chose, pourvu que ce soit une sentence dont il ne puisse pas y avoir d'appel, soit parce qu'elle a été rendue en dernier ressort, soit parce que le débiteur y a acquiescé par quelque acte authentique.

Même dans nos Coutumes, qui prolongent jusqu'à quarante ans l'hypothèque des contrats contre le débiteur et ses héritiers, et dans lesquelles par conséquent le créancier pourrait avoir quelque intérêt d'avoir un contrat plutôt qu'une sentence, la question ne laisse pas de souffrir difficulté. Car cet intérêt est-il assez considérable pour que le créancier qui, par la sentence qu'il a obtenue, a un titre suffisant pour se faire payer et pour assurer sa rente, doive grever son débiteur du coût d'un autre acte, et pour qu'il puisse, faute de cet acte dont il peut se passer, faire prononcer la résolution du contrat? Ce cas n'est-il pas de ceux dans lesquels les lois de la charité doivent l'emporter sur celles d'une trop rigoureuse justice?

63. Cette clause qu'il sera passé acte devant notaires de la constitution de rente, quoique très fréquente dans les billets portant ces constitutions, ne nous paraît néanmoins qu'un pacte accidentel à la constitution de rente, qui ne s'y supplée point, lorsqu'il a été omis.

C'est pourquoi je pense que le créancier, en ce cas, ne serait pas fondé à demander au débiteur qu'il lui passât acte devant notaires : il pourrait néanmoins, s'il voulait acquérir hypothèque sur les biens de son débiteur, obtenir contre lui sentence qui prononcerait la reconnaissance du billet; mais s'il était payé de tous les arrérages échus, cette sentence, aussi bien que la demande, la procédure faite pour y parvenir, et le contrôle du billet, seraient à ses frais, sans qu'il pût les répéter contre son débiteur : c'est à ses frais qu'il devrait se procurer ces sûretés et droits d'hypothèque, le débiteur ne s'étant point, par la constitution de rente, obligé de les lui procurer.

Ceux, qui sont d'avis contraire, disent qu'il est de la nature des obligations que le débiteur procure à ses frais au créancier les sûretés dont il a besoin pour se faire payer, et par conséquent celle de l'hypothèque. Je réponds que le débiteur doit, à la vérité, procurer à ses frais au créancier les sûretés qu'il est convenu de lui donner; mais il n'est pas obligé de lui procurer à ses frais un droit d'hypothèque, lorsqu'il n'est pas convenu qu'il le lui procurerait. L'hypothèque étant quelque chose d'accidentel à la créance, la convention de procurer au créancier un droit d'hypothèque, ne peut être sous-entendue dans un contrat, suivant les principes établis en notre *Traité des obligations, chap.* 1, *art.* 143; et par conséquent le débiteur n'est pas tenu de le procurer à ses frais au créancier.

§ II. DE LA CLAUSE D'ASSIGNAT.

64. Quelquefois les contrats de constitution contiennent cette clause, que le constituant assigne la rente à l'avoir et prendre sur un certain héritage dont il se dessaisit jusqu'à due concurrence, et en saisit celui à qui la rente est constituée; déclarant le constituant ne posséder l'héritage, jusqu'à ladite concurrence, qu'à titre de constitut et de précaire. Loyseau, *liv.* 1, *chap.* 8, enseigne que cette clause n'a d'autre effet que de donner au créancier une hypothèque spéciale sur l'héritage, et qu'elle ne change pas la nature de la rente, laquelle, nonobstant cette clause, est une dette de la personne qui l'a constituée, et non une charge foncière de l'héritage sur lequel elle est assignée.

§ III. DES CLAUSES DE FAIRE EMPLOI, DE DONNER CAUTION, OU AUTRES SURETÉS POUR LA RENTE.

65. C'est une clause assez commune dans les constitutions de rente, que celle par laquelle le débiteur, qui a constitué la rente, promet d'employer la somme qu'il a reçue pour le prix de la constitution, à l'acquisition d'un certain héritage, ou au paiement d'une certaine dette, à l'effet de faire subroger le créancier de la rente aux priviléges et hypothèques du vendeur ou du créancier, au paiement duquel ladite somme sera employée.

Cette clause se peut pratiquer de deux manières : ou en laissant l'argent, prix de la constitution, entre les mains du notaire jusqu'à l'emploi; ou en le délivrant, dès le temps de la passation du contrat de constitution, au constituant, sous la condition qu'il fera l'emploi qu'il s'est engagé de faire.

Dans le premier cas, le contrat de constitution ne doit être parfait, et la rente ne doit commencer de courir que du jour que sera fait l'emploi, suivant les principes établis *suprà*, *n.* 31. Jusqu'à ce temps, les deniers laissés en dépôt chez le notaire sont aux risques de celui qui les a fournis, et il en demeure jusqu'à ce temps le propriétaire. C'est pourquoi c'est sur lui que tomberait la perte, si le notaire dépositaire emportait l'argent, et faisait banqueroute.

Le contrat de constitution n'étant pas parfait, tant que les deniers, qui font le prix de la constitution, sont encore chez le notaire, il s'ensuit que celui, qui les a fournis, peut changer de volonté, et les retirer de chez le notaire, tant que la chose est entière, et que la partie, qui a passé le contrat de constitution, n'en souffre pas de préjudice. Celui, qui retire l'argent qu'il a déposé, n'est obligé en ce cas à autre chose qu'à payer les frais du contrat de constitution, s'ils n'ont pas encore été payés, ou à les rembourser à la partie qui les a déboursés.

Mais si la chose n'était plus entière, par exemple, si vous m'aviez passé constitution de rente, soit devant notaires, soit sous signature privée, de cent pistoles de rente pour le prix d'une somme de 20,000 livres, que vous aviez promis d'employer au paiement du prix d'une terre que vous étiez sur le point d'acheter, et que j'eusse retenu ou mis en main tierce l'argent jusqu'à ce que l'emploi fût fait, quoique l'argent n'ait pas encore été délivré, et qu'en conséquence le contrat de constitution n'ait pas reçu sa perfection; néanmoins si vous avez déjà acheté la terre, je ne pourrai pas retirer l'argent, et je suis obligé de le délivrer pour l'emploi du paiement du prix de cette terre. Cette obligation ne naît pas proprement du contrat qui est intervenu entre nous, lequel n'ayant pas encore reçu sa perfection, n'est pas *per se* capable de produire une obligation; mais elle naît de cette règle d'équité naturelle, que *Nemo potest mutare consilium in alterius injuriam; l.* 75, ff. *de reg. jur.* Quoique le contrat, qui est intervenu entre nous, n'ait point encore reçu sa perfection, néanmoins, comme c'est moi qui vous ai engagé par ce contrat à faire l'achat que vous avez fait, l'équité ne permet pas que je vous mette hors d'état d'accomplir vos engagemens, en vous refusant les deniers sur lesquels je vous avais donné lieu de compter.

Par la même raison, si, lorsque j'ai changé de volonté, et que j'ai retiré les deniers qui devaient être le prix de la constitution, vous n'aviez pas encore fait l'achat de l'héritage, mais que vous eussiez fait des frais pour y parvenir, je serais obligé de vous en indemniser.

66. Dans le second cas, lorsque je vous ai délivré, dès l'instant du contrat, les deniers qui font le prix de la constitution, en vous chargeant seulement d'en faire l'emploi convenu entre nous, la rente commence à courir dès l'instant du contrat; car la condition, que je vous ai imposée de faire un certain emploi de ces deniers, n'est pas une condition suspensive, qui arrête jusqu'à son accomplissement la translation de la propriété de ces deniers; ce n'est qu'une condition résolutoire, qui n'a d'autre effet que de me donner le droit de répéter de vous la somme que je vous ai payée sous cette condition, dans le cas auquel vous manqueriez de l'accomplir.

Il suit de ce principe, que si les deniers, que le constituant a reçus pour le prix de la constitution, lui étaient ravis par quelque force majeure, avant qu'il eût pu en faire l'emploi convenu, comme si, en sortant de les recevoir, il avait été attaqué en chemin par des voleurs qui les lui eussent ravis, cette perte tomberait sur le constituant, et il ne serait pas libéré de la rente qu'il a constituée.

67. Tout l'effet de la clause par laquelle les deniers sont comptés au constituant, à la charge d'en faire un certain emploi, est que le créancier de la rente peut, en conséquence de cette clause, assigner le constituant, et le faire condamner à rapporter l'acte d'emploi dans un temps court qui lui sera limité par le juge, *putà*, dans les trois jours, dans la huitaine, etc., sinon à rendre l'argent qu'il a reçu. Le créancier a pour cet effet l'action qu'on appelle en droit *condictio causâ datâ, causâ non secutâ*.

Nonobstant la demande en restitution du prix payé pour le principal de la rente, faute par le débiteur d'avoir satisfait à la condition de l'emploi, la rente ne laisse pas de courir; car la

constitution de rente ayant été contractée par la tradition des deniers qui a été faite au constituant, la résolution de cette constitution ne peut s'effectuer que par la restitution qu'en doit faire le constituant, et par conséquent les arrérages de la rente doivent toujours courir jusqu'à la restitution de cette somme.

68. Il nous reste à observer, à l'égard de ces clauses d'emploi, que ces clauses n'ayant d'autre objet que de procurer à l'acquéreur de la rente, une sûreté, elles peuvent s'accomplir *per æquipollens*. Par exemple, le constituant s'est obligé, par le contrat de constitution, d'employer le prix de la constitution au paiement de la dette due à un certain créancier, à l'effet de faire subroger l'acquéreur de la rente aux hypothèques de ce créancier : il n'a pas rempli cette obligation, quand, en payant ce créancier, il n'a pas fait de déclaration au profit de l'acquéreur de la rente. Si l'acquéreur de la rente le poursuit pour la restitution du prix de la constitution, faute d'avoir rempli son obligation, il pourra être reçu à la remplir *per æquipollens*, en donnant à l'acquéreur de la rente une caution qui donne des hypothèques équipollentes à celles qu'il s'était obligé de procurer à l'acquéreur de la rente : en le faisant, il doit être déchargé de la demande. *Basnage, Traité des Hypoth., pag. 2, chap. 3.*

69. Si le constituant, avant que d'avoir été mis en demeure de faire l'emploi convenu, même avant que d'avoir pu le faire, avait, par une force majeure, perdu les deniers qu'il avait reçus pour le prix de la constitution, sous la condition d'en faire l'emploi, l'acquéreur de la rente pourrait-il le poursuivre pour qu'il lui donnât une sûreté équipollente, ou qu'il rendît le prix de la constitution? Je ne crois pas qu'il le pût : la clause d'emploi ne renferme pas une condition suspensive de l'accomplissement, de laquelle dépend le contrat : *Non continet conditionem, sed potiùs legem faciendi.* Elle renferme une obligation que le constituant contracte, dont l'exécution, s'il est en demeure de la remplir, peut donner lieu à la résolution du contrat. Mais lorsque, sans le fait du constituant, avant qu'il ait été mis en demeure de satisfaire à cette obligation, et même avant qu'il ait pu y satisfaire, l'emploi stipulé par cette clause est devenu quelque chose d'impossible, par la perte survenue des deniers sans le fait du constituant et par une force majeure, cette obligation devient nulle, suivant cette règle de droit, *Impossibilium nulla obligatio est; l. 185, ff. de reg. jur.* Le constituant, qui l'avait contractée, en est quitte et déchargé, suivant cette autre règle, *Quæ rectè constiterunt resolvuntur, quùm in eum casum reciderunt à quo non potuissent consistere; l. 98, ff. de verb. obl.* Il ne peut donc pas, en ce cas, y avoir lieu à la résolution du contrat de constitution ; il n'y avait que la demeure, en laquelle eût été le constituant de satisfaire à cette obligation, qui eût pu donner ouverture à cette résolution du contrat.

Il en serait autrement, s'il était porté expressément par le contrat de constitution, qu'en cas que le constituant ne fit ou ne put faire l'emploi stipulé, le contrat serait nul. Les parties ayant, en ce cas, fait dépendre le contrat de la condition de l'emploi, il y aurait lieu à la répétition de la somme payée pour le prix de la constitution : mais le juge, en ce cas, doit être indulgent pour accorder des termes au constituant, ou même pour admettre à offrir des sûretes équipollentes.

70. Le créancier peut bien, par un contrat de constitution, stipuler valablement que le débiteur fera un tel emploi, et lui procurera une telle hypothèque, faute de quoi il sera tenu de lui rendre les deniers; mais il ne peut valablement stipuler qu'au cas qu'une telle hypothèque, qu'on lui a donnée, vienne à périr par cas fortuit, *puta*, au cas qu'une maison, qu'on a donnée pour hypothèque, soit incendiée par le feu du ciel, le débiteur sera tenu de donner au créancier une autre sûreté équipollente, ou de rembourser la rente.

C'est ce qu'enseigne Dumoulin, *Tract. de Usur., quæst.* 8. Il rend cette raison de sa décision : *Quia*, dit-il, *de substantiâ essentiali hujus contractûs est, quòd sors omninò et perpetuò obalienetur, ut nec directè nec per indirectum repeti possit.* Le créancier ne peut donc pas valablement stipuler par le contrat, qu'il pourra exiger du débiteur de la rente le sort principal, dans le cas où il arrivera quelque événement sans le fait ni la faute du débiteur, tel qu'est, dans l'espèce proposée, l'incendie par le feu du ciel, de la maison hypothéquée à la rente. Si, dans l'espèce précédente, le débiteur constituant, qui n'a pas fait l'emploi, peut être contraint à la restitution des deniers qu'il a reçus, c'est que le créancier n'ayant consenti à l'aliénation des deniers qu'il a délivrés au constituant, que sous la condition qu'il en ferait cet emploi, le constituant n'a pas dû en faire un autre emploi contre la volonté de celui qui les lui avait délivrés; il est en faute. Mais lorsque le constituant a disposé d'une manière qui lui était permise, des deniers qu'il a reçus pour le prix de la constitution, on ne peut plus en exiger de lui le remboursement, sans donner atteinte aux principes sur l'aliénation du principal, requise dans le contrat de constitution.

71. Suivant ces mêmes principes, on doit décider qu'on peut bien stipuler valablement par

un contrat de constitution, que le débiteur donnera caution dans un certain temps, *putà*, dans la huitaine ou dans le mois, à peine de restitution du principal, faute de la donner; mais on ne peut pas valablement convenir que, si la rente n'est pas rachetée au bout d'un certain temps, le débiteur sera tenu de donner caution.

La raison de la première partie est, que celui, qui a donné les deniers, ne les ayant donnés que sous la condition que le constituant donnerait caution, et n'ayant consenti à la constitution de rente et à l'aliénation de ses deniers que sous cette condition, le constituant n'a pas été en droit de disposer des deniers, s'il n'avait pas une caution qu'il pût donner au créancier. C'est pourquoi, faute de la donner, il est contraignable à la restitution des deniers qu'il a reçus; *arrêt du* 20 *avril* 1638, *rapporté par Brodeau, l. S, ch.* 18.

Mais lorsqu'une fois le contrat de constitution a été consommé, et que le constituant a, du gré du créancier, disposé des deniers qu'il a reçus, le créancier ne peut plus l'obliger à la restitution de ces deniers, ni directement, ni même indirectement, en exigeant de lui quelque chose qui ne soit pas entièrement en son pouvoir.

Observez que l'arrêt de 1638, ci-dessus cité, avait condamné par corps le constituant à la restitution de la somme, faute d'avoir donné caution qu'il avait promis de donner, ce qui ne doit pas être toujours suivi pour la contrainte par corps. Cette condamnation ne doit être prononcée, surtout depuis l'Ordonnance de 1667, hors le cas particulier exprimé par cette Ordonnance, que lorsqu'il y a *stellionat*, c'est-à dire, un dessein manifeste de tromper. On ne doit pas le supposer dans le constituant, qui peut n'avoir pas eu dessein de tromper, mais avoir été trompé lui-même par la fausse confiance qu'il a eue que la personne qu'il se proposait de donner pour caution, voudrait bien lui rendre cet office.

§ IV. DE LA CLAUSE PAR LAQUELLE UN HÉRITAGE, QUE LE CONSTITUANT HYPOTHÈQUE POUR LA SURETÉ DE LA RENTE, EST DÉCLARÉ FRANC D'AUTRES HYPOTHÈQUES.

72. Assez souvent, dans les contrats de constitution, le constituant déclare que ses biens, sur lesquels il accorde une hypothèque au créancier, ne sont sujets à aucune autre hypothèque. L'effet de cette clause est, que si, par la suite, le créancier découvre quelque hypothèque à laquelle étaient sujets, dès le temps du contrat de constitution, les biens du constituant, laquelle hypothèque le constituant n'ait pu ignorer, *putà*, parce qu'elle procédait de son fait pour quelque dette qu'il avait lui-même précédemment contractée, le constituant est censé avoir commis un stellionat envers le créancier; stellionat qui donne au créancier une action contre lui, pour le faire condamner, et par corps, à rapporter la décharge de cette hypothèque, sinon à racheter la rente; *arrêt du* 27 *mars* 1600, *rapporté par Louet, l. S, chap.* 18.

Il en serait autrement, s'il était justifié que le créancier, dès le temps du contrat, avait connaissance de l'hypothèque à laquelle les biens du constituant se trouvent sujets : le créancier, en ce cas, ne pourrait pas prétendre que le constituant l'a trompé; *nemo enim sciens fallitur*; et il ne serait pas par conséquent recevable à exiger le rachat de la rente. En vain le créancier dirait-il que le constituant, en faisant la fausse déclaration, a eu dessein de le tromper; car le seul dessein, que quelqu'un a eu de me tromper, ne me donne pas action contre lui, si je n'ai pas été effectivement trompé : *Oportet ut concurrant consilium fraudis et eventus*. D'ailleurs, lorsque le créancier, qui a connaissance des hypothèques dont les biens du constituant sont chargés, souffre qu'on les déclare francs d'hypothèque, la fraude peut être de sa part autant que de celle du débiteur, et il peut être suspect d'avoir fait insérer cette clause, pour se procurer une voie d'exiger le rachat de la rente.

73. Lorsque le constituant, qui a fait sa déclaration que ses biens n'étaient sujets à aucune hypothèque, était un homme marié, le créancier n'a pu ignorer qu'ils étaient hypothéqués aux reprises et conventions de sa femme. C'est pourquoi le créancier ne peut pas, sous le prétexte des hypothèques de la femme du constituant, s'il ne s'en trouve pas d'autre, exiger le rachat.

Il en est de même, si le constituant, qui a fait cette déclaration, avait des enfans mineurs dont il fût le tuteur, ou avait quelque autre tutelle qui n'eût pu vraisemblablement être ignorée par le créancier, et qui durât encore lors du contrat de constitution; ou s'il avait, lors du contrat de constitution, quelque office comptable : le créancier n'ayant pu, dans tous ces cas, ignorer que les biens du constituant étaient hypothéqués aux obligations résultantes de sa tutelle ou de son office, il ne peut, sous le prétexte desdites hypothèques, s'il ne s'en trouve pas d'autres, exiger le rachat de sa rente.

74. Lorsque quelqu'un des biens du constituant, qui a déclaré que ces biens étaient francs d'hypothèque, s'est depuis trouvé sujet à quelque hypothèque qui ne procède pas du fait du constituant, et qu'il a pu vraisemblablement ignorer, on ne peut pas dire, en ce cas, qu'il ait commis par sa déclaration un stellionat envers

le créancier, et il ne peut par conséquent y avoir lieu à la contrainte par corps pour l'obliger au rachat : mais comme il y a toujours quelque faute de sa part d'avoir assuré une chose dont il n'était pas certain, et qu'il a induit en erreur le créancier, qui n'a consenti à la constitution de la rente et à l'aliénation de son principal, que dans la confiance de l'hypothèque qu'il comptait acquérir sur les biens qu'on lui déclarait francs, et qui se trouvaient sujets à d'autres hypothèques, le créancier peut, même en ce cas, exiger du débiteur la décharge de cette hypothèque, ou le rachat de la rente.

75. Observez, néanmoins, plusieurs différences entre le cas auquel le constituant fait la déclaration de mauvaise foi, et ce cas-ci. 1° Dans ce cas-ci, il n'est condamné que civilement, et non par corps. 2° Le juge doit, dans ce cas-ci, être plus indulgent, et se porter à lui accorder un plus long temps pour le rachat de la rente. 3° Au lieu que, dans le cas auquel l'hypothèque procède du fait du constituant, ou qu'elle n'a pu être par lui ignorée, cette hypothèque, quelque modique qu'elle soit, et quelque ample que soit le patrimoine du constituant qui a fait la fausse déclaration, fait admettre le créancier à demander le rachat de la rente, faute de rapporter la décharge de cette hypothèque : au contraire, dans ce cas-ci, il y a lieu de penser que le créancier ne doit pas être admis à demander le rachat de la rente, lorsque l'objet de l'hypothèque qu'on a découverte est modique, et que le créancier trouve dans un ample patrimoine de son débiteur des sûretés plus que suffisantes.

§ V. DES CLAUSES PAR LESQUELLES LE CRÉANCIER D'UNE RENTE CONSTITUÉE STIPULE QUELQUE CHOSE DU DÉBITEUR, POUR DÉCHARGER DE L'HYPOTHÈQUE UN DE SES HÉRITAGES.

76. Le créancier, à qui le débiteur propose de décharger de l'hypothèque quelque héritage qu'il veut vendre, peut-il exiger quelque chose pour cette décharge, sans diminution des arrérages ni du principal de la rente ? Lorsque la rente a été constituée au taux de l'Ordonnance, le créancier ne peut rien exiger pour cette décharge; car dans le cas auquel la rente aurait été constituée sans cette hypothèque, il n'aurait pu stipuler rien de plus que la rente qui lui a été constituée. C'est pourquoi le débiteur peut faire déclarer nulle cette convention, et en conséquence répéter la somme qu'il a donnée, à la charge néanmoins de rétablir par lui l'hypothèque de l'héritage, s'il est encore en sa possession. S'il n'a plus l'héritage, quoiqu'il ne puisse pas, en ce cas, rétablir l'hypothèque, il peut compenser la somme qu'il a donnée, avec les arrérages de la rente échus et à échoir, jusqu'à due concurrence; et si, lors du rachat qu'il fera de la rente, il n'est pas échu assez d'arrérages pour la compensation entière de cette somme, le créancier sera tenu de faire déduction de ce qui s'en manque sur le principal. *Molin. Tract. de Usur., q.* 33.

77. Si la rente était au-dessous du taux de l'Ordonnance, le créancier pourrait retenir la somme qu'il a reçue pour la décharge de l'hypothèque, en diminuant d'autant le principal de la rente, et néanmoins exiger que, jusqu'au rachat du restant du principal, la rente lui fût continuée sur le même pied qu'auparavant, pourvu que ce qui reste du principal, déduction faite de la somme qu'il a reçue du débiteur pour la décharge de l'hypothèque, fût suffisant pour produire, au taux de l'Ordonnance, une rente aussi forte : car il peut dire que ce n'était qu'en considération de l'hypothèque qu'on lui avait donnée, qu'il avait bien voulu se contenter d'une rente au-dessous du taux légitime; qu'en se privant de cette hypothèque à la réquisition du débiteur, il ne lui fait point de tort en exigeant de lui une rente qu'il eût pu licitement stipuler pour le prix de ce qui reste du principal. *Molin., ibid.*

Par exemple, si l'on m'a constitué une rente de quarante livres pour le prix de mille livres que j'ai payées, ce qui est le taux du denier vingt-cinq, et que j'aie depuis déchargé un héritage du débiteur de mon hypothèque pour le prix de cent cinquante ou même de deux cents livres, que j'ai reçues de lui, avec la clause que c'était sans diminution de la rente, ni en principal ni en arrérages; la clause sera nulle, quant à la partie qu'il ne serait fait aucune diminution de cette somme sur le principal de la rente, et le débiteur sera bien fondé à en faire déduction sur le principal de mille livres, lors du rachat de la rente; mais en attendant le rachat, le créancier est bien fondé à demander la continuation de la rente de quarante livres sans aucune diminution, parce que la somme de huit cents livres, qui reste du principal, peut produire légitimement quarante livres.

Mais si le créancier avait reçu trois cents livres pour la décharge de l'hypothèque, comme il ne resterait plus, en ce cas, de principal que la somme de sept cents livres, qui ne pourrait, suivant le taux légitime, produire plus de trente-cinq livres de rente, la rente ne pourrait plus, en ce cas, être continuée que sur le pied de trente-cinq livres, jusqu'au rachat de sept cents livres. *Molin., ibid.*

78. Le créancier ne peut, à la vérité, rien recevoir du débiteur pour la décharge de ses hypothèques, sans imputer ce qu'il reçoit sur les

arrérages ou sur le principal de la rente, parce que, quand même la rente aurait été d'abord constituée par le débiteur sans aucunes hypothèques, le créancier n'aurait pas pu licitement recevoir du débiteur, pour le rachat de la rente, une plus grosse somme que celle que le débiteur a reçue pour le prix de la constitution; mais il est très permis au créancier de recevoir d'un tiers détenteur d'héritages hypothéqués à la rente, une somme pour la décharge de cette hypothèque, sans être obligé de l'imputer sur le principal ni sur les arrérages de la rente, tout comme il lui est permis de recevoir de la caution de la rente une somme pour la décharger de son cautionnement; *Molin.*, *ibid.*, *q.* 44; pourvu néanmoins que, dans l'un et dans l'autre cas, le créancier, par la décharge de l'hypothèque ou du cautionnement, coure un risque véritable de la caducité de la rente par l'insolvabilité du débiteur, qu'il y a lieu probablement d'appréhender; car, dans ce cas, la somme, que le créancier reçoit, est le prix du risque de cette caducité dont il se charge, et dont il décharge le tiers détenteur ou la caution, qui, sans cela, auraient été tenus de ce risque. Nous avons traité au long cette question au *Traité des obligations*, *n.* 618.

ARTICLE II.

Des pactes qui concernent les arrérages.

§ I. DE LA CLAUSE DE DÉLÉGATION.

79. Les contrats de constitution de rente portent quelquefois cette clause, que le créancier sera payé des arrérages de sa rente, sur les fermes ou loyers de l'héritage sur lequel elle est assignée. Cette clause ne renferme autre chose qu'une simple délégation et indication desdites fermes et loyers, que le débiteur fait au créancier pour le paiement de la rente, *indicat undè solvantur*. Il donne pouvoir à son créancier d'exiger de ses locataires et fermiers les fermes et loyers en paiement des arrérages qui lui seront dus. Mais jusqu'à ce que le créancier en soit payé par lesdits locataires et fermiers, il demeure toujours le débiteur des arrérages; et la signification, que le créancier fait aux locataires ou fermiers de cette délégation, équipolle à une saisie-arrêt desdites fermes et loyers, consentie par le débiteur à qui lesdites fermes ou loyers appartiennent.

§ II. DE LA CLAUSE QUI DÉROGE A LA FACULTÉ, QU'A LE DÉBITEUR, DE FAIRE DÉDUCTION SUR LES ARRÉRAGES, DES DIXIÈME, VINGTIÈME, etc. QUELLES SONT LES CLAUSES QUI PEUVENT PARAÎTRE, OU NON, RENFERMER CETTE DÉROGATION.

80. C'est une clause fort commune dans les constitutions de rente, qui se font aujourd'hui pour un prix plus cher que le taux légitime, que le débiteur ne retiendra pas sur les arrérages les vingtièmes et autres semblables impositions. Nous avons touché quelque chose de cette clause, *suprà*, *n.* 13, et nous avons vu quand, et jusqu'à quelle concurrence elle était valable.

Lorsqu'il est porté, par un contrat de constitution de rente au fur du denier vingt-cinq ou du denier trente, que le constituant et débiteur de la rente ne pourra retenir le dixième sur les arrérages, il est évident que, lorsque les impositions sont moindres que le dixième, comme lorsqu'il n'est dû au roi qu'un seul vingtième, le débiteur ne peut rien retenir; car le moins est compris dans le plus. Mais lorsque l'imposition est plus forte, comme aujourd'hui qu'il est dû au roi trois vingtièmes de tous les revenus de ses sujets, et les quatre sous pour livre, le débiteur peut retenir le surplus du dixième, c'est-à-dire, l'un des trois vingtièmes, et les quatre sous pour livre des autres; car le débiteur et constituant de la rente ne s'étant obligé d'acquitter le créancier que d'un dixième, le créancier ne peut pas l'obliger à l'acquitter du surplus, ni par conséquent l'empêcher de retenir le surplus.

81. Mais s'il était dit, en termes généraux, que la rente sera payée sans aucune rétention ni diminution pour cause du dixième ou autres impositions, la clause, en ce cas, comprendrait toutes les impositions, quelque fortes qu'elles fussent.

82. J'ai vu plusieurs clauses dans lesquelles les noms de dixième ou de vingtième n'étaient pas employés, mais qui portaient seulement que la rente serait payée *sans aucune rétention, pour quelque cause que ce soit, même pour faits de prince*. On demande si cette clause est suffisante pour empêcher le débiteur de retenir sur les arrérages les dixièmes, vingtièmes et autres semblables impositions. Il faut dire qu'elle est suffisante; car par ces termes, *pour faits de prince*, les parties contractantes ont vraisemblablement entendu les impositions de dixième et vingtième, d'autant plus qu'il n'y a point d'autres causes pour lesquelles un débiteur de rente constituée puisse retenir quelque chose sur les arrérages.

83. Doit-on décider la même chose, lorsque cette clause se trouve dans une ancienne constitution de rente, faite dans un temps auquel il n'y avait pas encore eu d'exemple en France d'impositions de cette nature sur tous les revenus des sujets du roi? J'ai vu cette question se présenter à l'égard d'un contrat de constitution de rente de 1664, où cette clause se trouvait. Je pense que la clause, en ce cas, ne peut recevoir

d'application aux rétentions qu'un débiteur a droit de faire pour le dixième et vingtième, comme étant censé l'avoir payé au roi en acquit de son créancier, qui doit au roi le dixième en vingtième de cette rente qui lui est due, ainsi que de tous ses autres revenus : car il n'est pas vraisemblable que les parties aient pensé à des impositions qu'elles ne connaissaient pas, et qui n'avaient pas jusqu'alors d'exemple. Il y a bien plus lieu de croire que les parties contractantes n'ont eu en vue que les charges réelles de l'héritage, sur lequel la rente est assignée et hypothéquée ; et les impositions qui, pour quelque cause de nécessité publique, pouvaient être mises sur les héritages : car quoiqu'il n'y ait que les rentes foncières qui soient tenues de contribuer aux charges réelles, et que les rentes constituées n'en soient pas tenues, néanmoins, comme les parties contractantes peuvent ignorer le droit, et appréhender qu'on ne pût soutenir que la rente, quoique constituée, devait, à raison de son assignat sur l'héritage, contribuer aux charges réelles de l'héritage, elles ont voulu s'en expliquer par cette clause, et déclarer, *dubitationis tollendæ causâ*, que la rente ne serait pas tenue de ces charges réelles. Il est vraisemblable que c'est là tout ce que les parties ont entendu, et qu'elles n'ont pas entendu que si le roi venait par la suite à lever une imposition sur les rentes, et généralement sur tous les revenus de ses sujets, le débiteur de la rente serait tenu de payer en l'acquit de son créancier l'imposition due par son créancier pour cette rente ; sans pouvoir lui en rien retenir sur les arrérages ; car elles n'ont pas pu prévoir cela.

84. Si, dans une constitution de rente faite depuis que l'imposition du dixième est connue, il était dit que la rente se paierait *franchement et quittement ;* ces termes *franchement et quittement* seraient-ils suffisans, pour que le créancier pût prétendre que le débiteur ne doit faire aucune rétention pour le dixième? Il serait dangereux de les regarder comme suffisans : ces termes, qui sont des termes de style, pourraient se glisser dans un acte sans que le constituant y fît attention, et sans qu'il y fût convenu de ne pas retenir le dixième. Pour éviter ces surprises, la convention, que le débiteur ne retiendra pas le dixième, lorsqu'elle est intervenue, doit être exprimée en termes formels ; le créancier doit s'imputer de ne l'avoir pas exprimée, n'ayant tenu qu'à lui de le faire.

§ III. DES CLAUSES DE PAYER PAR DEMI-TERME OU D'AVANCE.

85. C'est une clause assez ordinaire dans les contrats de constitution de rente, que la rente se paiera par demi-terme, de six mois en six mois. On demande si cette clause est valable dans les constitutions qui sont faites au denier vingt. La raison de douter est, que le denier vingt étant *apex usurarum*, c'est-à-dire, tout ce qu'on peut avoir pour la somme qui est payée pour le prix de la rente, on ne peut, par aucune clause, aggraver la condition du constituant, et exiger rien de plus. La raison de décider est, que, par cette clause, on n'exige du débiteur rien de plus que les arrérages sur le pied du denier vingt, et on ne les exige de lui que lorsqu'ils sont dus ; car lorsqu'en vertu de cette clause on exige de lui, au bout de six mois, une demi-année d'arrérages, cette demi-année est déjà due, puisque les arrérages d'une rente sont dus de jour à jour.

86. Il en est autrement de la clause par laquelle on stipulerait que la rente se paierait chaque année d'avance : cette clause ne serait pas valable. Par exemple, si, pour une somme de mille liv., je vous ai constitué cinquante liv. de rente par chacun an, payables par chacun an d'avance, et qu'en conséquence vous ayez retenu, sur le prix de la constitution, cinquante livres pour la première année, n'ayant reçu effectivement de vous que neuf cent cinquante livres, la rente doit être réduite à quarante-sept livres dix sous, et je pourrai la racheter en vous rendant ladite somme de neuf cent cinquante livres.

87. Si la rente avait été constituée au denier vingt-cinq, avec cette clause, et qu'en conséquence vous eussiez retenu sur le prix de la constitution la somme de quarante liv., la somme de quarante liv. que je vous aurais créée, ne souffrirait pas de réduction, puisque, pour les neuf cent soixante liv. que j'aurais reçues effectivement, vous auriez pu licitement stipuler jusqu'à quarante-huit liv. de rente ; mais je pourrais la racheter pour la somme de neuf cent soixante liv., n'ayant reçu effectivement que cette somme.

§ IV. AUTRES ESPÈCES DE CLAUSES.

88. Lorsque, pour une somme de mille livres que j'ai reçue, je constitue cinquante livres de rente, qui est le taux légitime d'une rente au principal de mille livres, et qu'il y a clause que néanmoins, en payant la somme de quarante livres dans les trois jours de l'échéance, je serai quitte de l'année d'arrérages, et que ledit temps passé sans que j'aie payé, je serai de plein droit déchu de la grâce, et tenu de payer la somme de cinquante livres, il n'est pas douteux que cette clause est valable.

89. Doit-on décider la même chose, lorsque, pour une somme de mille livres, j'ai constitué

quarante livres payables par chacun an au jour de la Saint-Jean-Baptiste, avec la clause que, faute de payer dans les trois jours de l'échéance, je serai tenu de payer, pour l'année d'arrérages, la somme de cinquante livres? On en a fait difficulté. La raison de douter est, que la somme de dix livres d'augmentation, qu'on stipule de moi en cas de retard du paiement de l'année de quarante livres d'arrérages, paraît être un intérêt de ces arrérages, ce qui est contraire aux lois qui défendent de stipuler des intérêts d'intérêts, *ne usuræ usurarum exigantur*. Néanmoins Dumoulin, *quæst.* 25, décide que la clause est valable, cette espèce-ci ne différant aucunement de la précédente, sinon dans la tournure des termes. L'intérêt de cinquante livres stipulé en cas de retard dans le paiement de l'intérêt de quarante livres, n'est pas un intérêt de cet intérêt de quarante livres, *non est usura usuræ*, mais un intérêt du principal de mille livres. Cet intérêt est à la vérité plus fort que celui de quarante livres, dont le créancier voulait bien se contenter, dans le cas auquel la condition sous laquelle il voulait bien s'en contenter serait remplie; mais il n'excède pas le taux légitime des intérêts ou arrérages d'un principal de rente de mille livres; *non est usura usuræ, sed fœnus uberius ipsius sortis*. Le créancier n'étant point obligé de se restreindre à un intérêt au-dessous du taux légitime, il a dû être le maître d'imposer à cette restriction telle condition que bon lui semblait, et de stipuler que, faute d'accomplissement de cette condition, les arrérages lui seraient payés suivant le taux légitime. Cette décision est conforme à la loi 9, § 1, ff. *de usur. Nec inutilis* (y est-il dit) *legitimæ usuræ stipulatio videtur sub eâ conditione concepta, si MINORES AD DIEM SOLUTÆ NON FUERINT; non enim pœna, id est usura usuræ, sed fœnus uberius justâ ratione sortis promittitur*.

90. Si, par un contrat de constitution de rente au denier vingt-cinq, il était dit que, si le débiteur manquait une seule fois de payer les arrérages dans le mois de l'échéance, il serait tenu de tous les arrérages depuis la création de la rente, sur le pied du denier vingt, et en conséquence tenu de suppléer ce qu'il aurait payé de moins que sur ce pied, la clause serait-elle valable? La raison de douter est, qu'il semble que le créancier peut dire, comme dans l'espèce précédente, qu'ayant eu le droit de stipuler une rente sur le pied du denier vingt, et ayant néanmoins bien voulu se restreindre à une moindre rente sur le pied seulement du denier vingt-cinq, il a dû être en son pouvoir de faire dépendre cette restriction et diminution de son droit, de telle condition que bon lui semblerait. Néanmoins Dumoulin, *quæst.* 26, décide que cette clause ne doit avoir d'effet que pour l'avenir, depuis que le débiteur s'est trouvé en retard, et non pour le passé. La raison est, qu'il y a trop de dureté qu'un débiteur, qui s'était cru quitte de toutes les années précédentes qu'il a payées à leur échéance, puisse être long-temps après par la suite, pour n'avoir pas accompli une condition qu'il n'a peut-être pas eu le moyen d'accomplir, tenu de payer un supplément pour toutes les années précédentes.

Cette décision de Dumoulin est conforme à celle de l'empereur Marc-Aurèle, qui est rapportée dans une espèce semblable, en la loi 17, ff. *de usur. Quùm quidam cavisset : se quotannis quincunces usuras præstaturum; et si quo anno non solvisset, tunc totius pecuniæ ex die quâ mutuatus est, semisses soluturum; et redditis per aliquot annos usuris, mox stipulatio commissa esset..... sic temperanda res est, ut in futurum duntaxat ex die cessationis crescat usura*.

91. S'il est dit que, pour une somme de mille livres que j'ai reçue de vous, je vous constitue une rente de quarante livres seulement, à la charge que je vous paierai les arrérages à leur échéance, et que, faute de les payer dans les trois jours de l'échéance, je paierai la rente sur le pied du denier vingt; on demande si, ayant manqué une année de payer dans le terme convenu, je devrai la rente sur le pied du denier vingt pour tout le temps à venir, ou si ce n'est que pour cette année seulement que je la devrai sur ce pied. On doit décider que ce ne sera que pour cette année; la clause étant susceptible de deux sens, on doit l'interpréter selon celui qui est le plus favorable au débiteur. Voyez *notre Traité des obligations*, n. 97. Cette décision ne peut surtout souffrir de difficulté s'il est ajouté, *ce qui aura lieu toutes les fois que le débiteur n'aura pas payé au terme*; ce qui est de l'espèce de la loi 12, ff. *de usur.*

ARTICLE III.

Des pactes qui concernent le rachat.

92. Les contrats de constitution contiennent souvent des clauses, qui concernent le rachat de la rente que le débiteur a la faculté de faire. Nous avons vu que celles, qui tendaient à gêner en quelque manière que ce soit cette faculté, sont nulles; au contraire, toutes celles, qui tendent à faciliter cette faculté, sont valables.

Par exemple, la clause, que la rente sera rachetée pour une certaine somme plus grande que celle que le constituant a reçue, ne sera pas valable. Au contraire, on peut stipuler qu'elle pourra l'être pour une certaine somme moindre que celle qu'il a reçue, pourvu néanmoins que

le constituant ne soit pas, lors du contrat de constitution, du nombre des personnes à qui il est défendu à l'acquéreur de la rente de donner. C'est pourquoi cette clause sera valable dans une constitution de rente que m'aurait constituée un étranger; mais elle ne sera pas valable dans une constitution de rente que ma femme, séparée de biens, ou mon médecin, dans le cours d'une maladie dangereuse, m'aura constituée; car il est évident qu'elle contient une donation, en cas de rachat de la rente, de la partie du prix de la constitution, qu'il est permis par cette clause au débiteur de retenir.

93. Ce serait aussi une clause valable que celle par laquelle il serait dit que le rachat de la rente pourrait se faire entre les mains d'une certaine personne, aussi valablement que celle du créancier.

94. Il en serait de même de celle, qui porterait que le rachat pourrait se faire en un certain nombre de paiemens, *putà, en deux paiemens, en trois, en quatre, etc.*

Ces clauses doivent s'entendre de paiemens égaux, quoique cela ne soit point exprimé. Voyez *le Traité des obligations, n.* 536. C'est pourquoi, s'il était dit, par exemple, que la rente pourrait être rachetée en trois paiemens, le créancier ne serait obligé de recevoir que le tiers, ou les deux tiers, ou le total du principal.

95. Si la clause du contrat portoit indéterminément que le rachat pourrait se faire en plusieurs paiemens, sans dire en combien de paiemens, *quid juris?* Il peut y avoir deux opinions sur cette question. La première est, qu'aux termes de cette clause, le rachat ne peut se faire qu'en deux paiemens égaux. La raison de cette opinion est que cette clause étant une clause que le débiteur a fait apposer pour son utilité, c'était à lui à s'expliquer mieux : faute de l'avoir fait, selon les principes de droit, la clause doit s'interpréter contre lui : *Ambiguitas contra stipulatorem est; l.* 26, ff. *reb. dub., quia potuit apertiùs legem dicere*; *l.* 39, ff. *de pact.* C'est pourquoi ces termes de la clause, *en plusieurs paiemens,* doivent être restreints à deux paiemens. La seconde opinion est, que cette clause ne doit pas être restreinte à deux paiemens, parce que, si c'eût été l'intention des parties contractantes, elles se seraient servies, suivant le commun usage de parler, du terme de *deux*, plutôt que du terme de *plusieurs*, et qu'en conséquence on doit plutôt, en ce cas, laisser au juge à régler le nombre des paiemens, et qu'il doit les régler de manière que chaque paiement soit d'une somme d'une certaine considération. La première opinion paraît devoir être, dans la pratique, préférable à la seconde, qui oblige à avoir recours au juge, et peut donner lieu à procès.

96. S'il était porté par une clause du contrat de constitution, que le rachat de la rente pourrait se faire en deux paiemens égaux, sans néanmoins qu'après le premier paiement la rente fût diminuée jusqu'à l'entier amortissement, la clause serait-elle valable? La clause serait valable dans le cas auquel la rente entière n'excéderait pas le taux légitime, c'est-à-dire, le denier vingt de ce qui reste à amortir du principal de la rente. Par exemple, si la rente a été créée au denier cinquante, *putà*, si, pour un principal de mille livres, vous m'avez créé une rente de vingt livres, la clause sera valable; car après le premier paiement, la rente entière de vingt livres se trouve encore au-dessous de l'intérêt du denier vingt des cinq cents livres restant du sort principal qui reste à amortir. Mais si la rente avait été créée à trois pour cent, *putà*, si, pour un principal de mille livres, on m'a créé trente livres de rente, la clause serait vicieuse; et après le premier paiement, la rente, nonobstant cette clause, souffrira diminution : non pas à la vérité diminution de moitié, comme elle le souffrirait si on n'avait pas mis cette clause; mais elle sera réduite à vingt-cinq livres, qui est le taux légitime, et le denier vingt du principal qui reste à acquitter.

Ne pourrait-on pas opposer que la rente doit, en ce cas, souffrir diminution de moitié, parce que la clause, étant contraire aux lois, est nulle, et ne peut produire aucun effet? d'où on conclut que le remboursement de la moitié du principal qui a été fait, doit avoir le même effet qu'il aurait eu s'il n'y avait pas eu de clause, et par conséquent qu'il doit réduire la rente à moitié.

La réponse est, que le débiteur ayant lui-même exécuté cette convention, quoique vicieuse, en faisant le remboursement pour moitié; et le créancier, qui était le maître de ne lui pas accorder la faculté de faire le remboursement par parties, ne lui ayant accordé cette faculté que sous cette condition; le débiteur, qui a usé de cette faculté, doit exécuter la condition sous laquelle elle lui a été accordée, sinon pour le total, au moins jusqu'à concurrence de ce qu'elle a pu lui être légitimement imposée. Il serait contre la bonne foi qu'ayant de ma part exécuté la convention, en souffrant le remboursement partiel que vous m'avez fait de la rente, et vous, ayant profité de l'exécution de cette convention, je ne pusse pas de mon côté vous obliger à l'exécuter de votre part, sinon pour la total, au moins jusqu'à concurrence de ce qui peut être licitement exigé.

97. Le créancier, dans l'espèce proposée,

pourrait-il opposer la nullité de la convention, et en conséquence refuser le remboursement partiel qui lui serait offert par le débiteur? Cette question se décide par une distinction. Si la convention dont il s'agit est intervenue EX INTERVALLO, depuis le contrat de constitution, et n'en fait pas partie, elle est absolument nulle, suivant le principe établi en notre Traité des obligations, *n.* 204, qu'une condition contraire aux lois, apposée à une convention, emporte la nullité entière de la convention : en quoi les actes entre vifs diffèrent des dispositions testamentaires, qui ne laissent pas d'être valables, quoique faites sous une telle condition, la condition étant, en ce cas, réputée comme non écrite. Il faut décider autrement, lorsque la convention, que le rachat pourra être fait en deux paiemens, sans aucune diminution de la rente, a été faite par le contrat de constitution, et en fait partie; car le principe, qu'une condition contraire aux lois, apposée à une convention, la rend nulle, n'a d'application qu'à des conditions principales qui n'ont pas encore été exécutées ni de part ni d'autre. Mais dans cette espèce, celui, qui a constitué la rente, ne l'ayant constituée que sous la condition que le rachat s'en ferait en deux paiemens, sans quoi il n'aurait pas voulu la constituer, cette condition doit être exécutée, et le créancier ne peut refuser le remboursement partiel. Le créancier, de son côté, n'ayant consenti à ce remboursement partiel que sous la convention que la rente n'en souffrirait pas de diminution, cette condition doit être exécutée, non en total, et en ce qu'elle contient quelque chose de contraire aux lois, mais jusqu'à la concurrence de ce que le créancier a pu licitement stipuler; c'est-à-dire que la rente doit continuer jusqu'à concurrence du denier vingt de ce qui reste du capital à acquitter.

98. Dumoulin, *Traité des Usures, quæst.* 91, rapporte une autre espèce de clause, à l'égard de laquelle on pourrait douter si elle est valable; c'est celle par laquelle on conviendrait que le rachat de la rente ne pourrait se faire que dans la même espèce de monnaie que celle qui a été payée pour le prix de la constitution. Il y a de fortes raisons contre la validité de cette clause. La première est, que les lois, par lesquelles le prince donne cours dans le commerce et dans les paiemens aux différentes espèces de monnaie, sont de droit public : la convention, par laquelle le créancier interdit au débiteur de payer dans quelqu'une de ces espèces de monnaie, semble donner quelque atteinte à ces lois, qui veulent qu'elles soient reçues dans les paiemens; et par conséquent une telle convention ne peut être valable, parce qu'il n'est pas permis aux particuliers de donner, par leurs conventions, aucune atteinte au droit public : *Privatorum conventio juri publico non deroget; l.* 45, § 1, ff. *de reg. jur.*

La seconde raison, qu'on peut alléguer contre la validité de cette clause, est qu'elle tend à gêner la faculté du rachat, et que cette faculté étant de l'essence du contrat de constitution, toute clause, qui tend à gêner et à diminuer cette faculté, ne peut être valable, comme nous l'avons établi *suprà*, *n.* 52. Nonobstant ces raisons, Dumoulin décide que la clause peut être admise sous certaines limitations.

1° Pourvu qu'il ne soit pas trop difficile au débiteur, lorsqu'il voudra racheter la rente, de ramasser ces espèces. C'est pourquoi si les espèces, dans lesquelles on a payé le prix de la constitution, étaient des espèces rares, ou qui le fussent devenues au temps du rachat, la clause serait de nul effet. Il en serait de même, si le prix de la constitution avait été payé en plusieurs espèces différentes; il suffirait que le rachat se fît en l'une de ces espèces.

Suivant ce principe, la clause de ne pouvoir rembourser qu'en or ou en argent, et non en billon, pourrait être valable; mais celle de ne pouvoir rembourser qu'en or, lorsque la somme, qui est à rembourser, est très considérable, ne peut être valable, parce qu'il n'est pas quelquefois facile de ramasser une grande quantité d'espèces d'or.

2° Pour que cette clause ait effet, il faut que le créancier paraisse avoir quelque intérêt d'être remboursé avec ces espèces plutôt qu'avec d'autres; comme lorsque le créancier, qui a stipulé qu'on ne le paierait qu'en or, est un marchand qui en a besoin pour aller en voyage : *secùs*, s'il n'exigeait cela que pour gêner et embarrasser le débiteur.

3° Enfin, lorsque cette clause a lieu, elle ne doit pas être exécutée si rigoureusement, que, s'il manquait très peu des espèces dans lesquelles le remboursement doit être fait, le débiteur ne dût être admis à parfaire en toutes espèces ce qui y manque.

Je doute que la clause dût être admise, même avec toutes les limitations qu'y a apportées Dumoulin.

99. Une clause aujourd'hui très fréquente dans les contrats de constitution, est celle par laquelle le constituant, qui a reçu, pour le prix de la constitution, des espèces d'or ou d'argent, s'oblige de ne pouvoir la racheter qu'en pareilles espèces sonnantes, et non en papiers, de quelque espèce qu'ils soient, auxquels le roi jugerait à propos de donner cours dans le commerce, comme monnaie.

Quoiqu'il semble qu'on pourrait opposer contre

la validité de cette clause les mêmes raisons que nous avons rapportées contre la précédente, néanmoins la grande défaveur de cette espèce de monnaie de papier, et l'intérêt sensible que le créancier, qui a payé le prix de la constitution en bonne monnaie sonnante, a d'être remboursé en pareille monnaie sonnante, peut faire admettre cette clause, pourvu que la loi, qui aurait donné cours à cette monnaie, et qui aurait été enregistrée, n'eût pas une clause expresse qui dérogeât à toutes les conventions précédentes, par lesquelles on serait convenu qu'on ne pourrait payer en cette monnaie.

Quand même la loi ne contiendrait pas cette clause, si le prix de la constitution avait été payé en papiers qui avaient alors cours comme monnaie, la clause, que le rachat ne pourrait se faire qu'en espèces sonnantes, ne serait pas valable : le créancier ne peut pas équitablement exiger qu'on le rembourse en une monnaie plus précieuse que celle qu'il a donnée.

ARTICLE IV.

De l'interprétation de ce qui peut se trouver d'ambigu dans un contrat de constitution de rente.

100. On doit, pour l'interprétation des ambiguïtés qui peuvent se rencontrer dans un contrat de constitution de rente, suivre les règles générales que nous avons proposées pour l'interprétation de tous les contrats, en notre Traité des obligations, *part.* 1, *chap.* 1, *sect.* 1, *art.* 7.

101. J'ai vu cette espèce se présenter. Une personne s'était expliquée en ces termes dans un acte portant constitution de rente : *Je reconnais avoir reçu d'un tel la somme de* 1,000 *livres, pour laquelle somme je lui constitue* 40 *livres de rente au fur de l'Ordonnance.* Le créancier prétendait qu'il lui était dû une rente de 50 livres, parce qu'il était dit par le billet que le débiteur la constituait *au fur de l'Ordonnance*, et que le fur de l'Ordonnance étant le denier vingt, la rente d'un principal de 1,000 livres au fur de l'Ordonnance est de 50 livres : ce ne peut être (dit-on) que par erreur de calcul que le billet porte 40 livres de rente. Le débiteur répondait que l'erreur, qui se rencontre dans le billet, tombe sur ces termes, *au fur de l'Ordonnance*, et non sur ceux-ci, 40 *liv. de rente.* Quoiqu'il ait cru par erreur qu'une rente de 40 livres était le fur de l'Ordonnance du principal de 1,000 liv. qu'il a reçues, il n'en est pas moins vrai qu'il ne s'est obligé qu'à la prestation d'une rente de 40 livres : on ne peut exiger de lui plus qu'il n'a promis ; et ce qu'il y a d'ambigu dans les termes du billet, doit s'interpréter en sa faveur, suivant la septième de nos règles générales, *Ferè secundùm promissorem interpretemur ; l.* 99, *ff. de verb. obl.* Ces raisons me paraissent décisives en faveur du débiteur.

102. Que doit-on décider dans le cas inverse? S'il était dit : J'ai reçu d'un tel la somme de 1,000 livres, pour laquelle je lui constitue 50 livres de rente au fur du denier vingt-cinq. On peut dire d'un côté pour le débiteur, qu'ayant formellement déclaré que c'était au denier vingt-cinq du principal qu'il entendait constituer la rente, on doit penser qu'il n'a pas voulu s'obliger à davantage, et qu'il n'a promis payer une rente de 50 livres que par erreur, et dans la fausse supposition que cette somme était le denier vingt-cinq du principal. On peut tirer argument de la règle ci-dessus citée, *Ferè secundùm promissorem interpretamur ; l.* 99.

On peut dire, d'un autre côté, pour le créancier, que la rente, dont les parties sont convenues par le contrat de constitution, est une rente de 50 livres. Les termes du contrat, par lesquels il est dit que le constituant s'est constitué débiteur d'une rente de 50 livres, sont clairs, formels, et non susceptibles d'aucune équivoque ; l'erreur, dans laquelle il serait tombé, en croyant faussement qu'une rente de 50 livres n'est qu'au taux du denier vingt-cinq, est une erreur qui ne tombe que sur le motif de son obligation, et qui ne la détruit pas, suivant les principes établis en notre Traité des obligations, *n.* 20. Quoique le débiteur ait erré en ce point, il n'en est pas moins vrai qu'il a constitué une rente de 50 livres.

103. Il peut se trouver dans l'acte de constitution de rente quelque mot d'omis, dont l'omission fasse quelque ambiguïté. Par exemple, s'il était dit : J'ai reçu d'un tel la somme de 3,000 livres, pour laquelle je lui ai constitué cinquante..... de rente, doit-on croire que c'est le mot ÉCUS qui a été omis, plutôt que le mot LIVRES? et en conséquence le créancier peut-il prétendre une rente de 50 écus, et non pas seulement de 50 livres? La raison de douter se tire de la règle ci-dessus citée, que l'interprétation se fait en faveur de celui qui contracte l'obligation : *Ferè secundùm promissorem interpretemur ;* et de cette autre, qui en est une suite : *Semper in obscuris quod minimum est sequimur ; l.* 9, *ff. de reg. jur.*

La réponse, qui sert de raison de décider, est que les règles opposées n'ont lieu que *cæteris paribus*, lorsqu'il n'y a guère plus de raison pour celui envers qui l'obligation a été contractée, que pour celui qui l'a contractée. Mais, dans cette espèce, il y a de fortes raisons pour

décider en faveur de celui à qui la rente a été constituée, que les parties ont entendu une rente de 50 écus, et non pas seulement une rente de 50 livres. Ces raisons sont, que les conventions s'interprètent par ce qui est d'usage, suivant la quatrième des règles que nous avons rapportées dans notre Traité des obligations, *n.* 94. La constitution doit donc être entendue d'une rente de 50 écus, qui est le taux du denier vingt du principal de 3,000 livres, et celui auquel il était le plus d'usage de constituer des rentes au temps de cette constitution, plutôt qu'elle ne doit être entendue d'une rente de 50 livres, qui serait une rente au fur du denier soixante, qui était un fur entièrement insolite au temps de la constitution. Ajoutez que la constitution d'une rente au denier soixante, faite dans un temps ordinaire, serait une espèce de donation de partie du prix de la constitution que l'acquéreur de la rente ferait au constituant. Or c'est une autre règle, que les donations ne se présument pas.

Il faudrait décider autrement, si le créancier avait volontairement reçu les arrérages sur le pied de 50 livres; car c'est de sa part une reconnaissance qu'il ne lui a été constitué qu'une rente de 50 livres.

Si le billet portait : *J'ai reçu d'un tel* 3,000 *livres, pour laquelle somme je lui ai constitué* 50 *livres de rente par chacun an*, les raisons rapportées ci-dessus ne seraient pas suffisantes pour que le créancier pût prétendre que le mot de *cent* a été omis par erreur, et que l'intention des parties contractantes a été de constituer une rente de 150 livres; car les raisons ci-dessus rapportées n'ont d'application que lorsqu'il y a quelque ambiguïté dans les termes de l'acte; mais lorsqu'il n'y en a pas, on ne doit pas s'écarter des termes de l'acte, ni y rien suppléer. Quoiqu'il puisse se faire qu'on ait omis le mot de *cent*, et même que cette omission ne soit pas tout-à-fait hors de vraisemblance, néanmoins cette omission ne doit pas se supposer. On ne fonde pas un droit et l'on ne réforme pas un acte sur de simples vraisemblances : c'est la faute du créancier de n'avoir pas lu l'acte; il doit se l'imputer.

104. Cette espèce s'est présentée. Il était dit par le billet portant constitution de rente, qu'on avait constitué tant de rente, *payable par termes*. Le créancier prétendait pouvoir exiger la rente par demi-terme, c'est-à-dire, de six mois en six mois, et qu'on devait croire que c'était de cette espèce de terme que les parties contractantes avaient entendu parler, et non du terme d'un an, parce que les rentes étant payables par an, sans que les parties ne s'en expliquent, cette clause, *payable par termes*, serait superflue, et que, suivant la deuxième de nos règles d'interprétation en notre Traité des obligations, *n.* 92, une clause devait s'entendre plutôt dans un sens qui lui donnait quelque effet, que dans un sens qui ne lui en donnait aucun. Le débiteur prétendait, au contraire, que le créancier n'était pas fondé dans sa prétention; que, suivant une autre règle d'interprétation, l'interprétation devait se faire en faveur du débiteur; que le créancier prétendant que le contrat renfermait une obligation de lui payer la rente tous les six mois, c'était à lui à le justifier par des termes clairs et précis; que ces mots, *payable par termes*, employés dans l'acte, n'étant rien moins que cela, ils ne pouvaient servir à fonder sa prétention, et qu'il devait s'imputer de ne s'être pas expliqué plus clairement. Je pense que c'est l'usage du lieu où s'est faite la constitution de rente, qui doit servir à la décision de cette question. Si l'usage est, dans ce lieu, de stipuler dans les contrats de constitution de rente, et dans les autres actes qui contiennent des obligations, de payer des sommes qui produisent des intérêts, que les arrérages ou les intérêts annuels se paieront par demi-terme, tous les six mois, ou même par quartiers, tous les trois mois; ces mots, *payable par termes*, doivent s'entendre, ou du terme de six mois, ou même du terme de trois mois, suivant les différens usages des lieux. S'il n'y a pas d'usage, la rente ne doit être payable que tous les ans.

CHAPITRE V.

De la nature des rentes constituées, de leur prestation, et de la prescription des arrérages.

ARTICLE PREMIER.

De la nature des rentes constituées.

105. On avait autrefois une idée de la rente constituée à prix d'argent, très différente de celle qu'en en a aujourd'hui. On croyait qu'on ne pouvait licitement constituer une rente à prix d'argent, à moins que le constituant ne se dessaisît de quelque héritage, dont il saisissait jusqu'à concurrence de la rente, celui au profit de qui il la constituait.

Une rente constituée à prix d'argent était

donc regardée alors comme un droit réel et foncier, que l'acquéreur et créancier de la rente acquérait dans l'héritage sur lequel la rente était assignée.

Conformément à cette idée qu'on avait des rentes, le pape Pie V, par sa bulle de 1569, décide que la perte ou la diminution, qui survient dans l'héritage sur lequel la rente est assignée, doit être supportée par le créancier de la rente, à proportion du droit qu'il a dans l'héritage.

Aujourd'hui une rente constituée n'est regardée que comme une simple créance personnelle, qu'a le créancier de la rente contre la personne de celui qui la lui a constituée.

C'est pourquoi, il n'est plus douteux aujourd'hui que ces rentes peuvent être constituées sans être assignées sur aucun héritage, et même par des personnes qui ne seraient propriétaires d'aucun héritage.

106. Même lorsque la rente est constituée avec un assignat sur quelque héritage, cet assignat, comme nous l'avons vu *suprà*, ne donne au créancier de la rente qu'un droit d'hypothèque sur l'héritage; et ce droit d'hypothèque n'est qu'un accessoire de la créance personnelle en laquelle seule consiste le droit de rente.

C'est pourquoi la destruction de l'héritage sur lequel la rente est assignée, qui surviendrait par la suite, n'opérerait ni l'extinction, ni même aucune diminution de la rente.

107. Dans cette créance personnelle, dans laquelle consiste le droit de rente constituée, on considère deux choses, le principal ou le capital, et les arrérages que le capital produit jusqu'au remboursement.

Le principal ou capital d'une rente constituée, est la somme que le créancier de la rente a donnée au débiteur pour le prix de la constitution.

Le créancier de la rente n'est pas proprement créancier de ce capital, puisqu'il ne peut pas l'exiger : il l'est néanmoins en quelque façon, en ce sens que ce capital, jusqu'au remboursement, que le débiteur doit toujours avoir la liberté de faire quand il voudra, produit des arrérages qui s'accumulent tous les jours, et que le créancier de la rente a droit d'exiger à chaque terme, sans que le paiement desdits arrérages, pendant quelque long temps qu'il ait été fait, diminue en rien le capital.

108. Les arrérages de la rente sont la somme que le débiteur s'est obligé de payer par chacun an à perpétuité, jusqu'au remboursement du capital.

Ces arrérages se divisent en autant de parties qu'il y a de jours dans l'année, et ils sont dus par partie par chacun jour, sans néanmoins que le créancier puisse en exiger le paiement du débiteur, que lorsque toute l'année est due, à moins qu'il ne soit convenu d'autres termes de paiement.

Par exemple, si, pour une somme de 365 livres que vous avez reçue de moi, vous m'avez constitué 18 livres 5 sous de rente : le principal ou capital de cette rente, dont je suis créancier, est la somme de 365 livres que vous avez reçue de moi; les arrérages sont la somme de 18 liv. 5 sous par chacun an, qui se divisent en autant de parties qu'il y a de jours dans l'année, c'est-à-dire, en trois cent soixante-cinq parties, dont il m'est dû par chacun des jours qui se succèdent les uns aux autres, pendant tout le temps que durera la rente, une trois cent soixante et cinquième partie, qui est, dans l'espèce proposée, un sou par chacun jour; toutes lesquelles parties composent, au bout de chaque année, la somme de 18 liv. 5 sols, que j'ai droit d'exiger pour une année d'arrérages.

109. Suivant ces principes, la rente constituée est susceptible de deux définitions, suivant qu'elle est considérée par rapport aux arrérages que le créancier a droit d'exiger, ou par rapport à son capital.

La rente constituée, considérée par rapport aux arrérages, peut être définie la créance d'un revenu annuel et perpétuel que le débiteur peut faire cesser en remboursant au créancier la somme pour laquelle il l'a acquise.

Si on la considère par rapport à son capital, la rente constituée peut être définie une espèce de créance personnelle d'une somme capitale, qui ne peut pas à la vérité être exigée, mais qui jusqu'au paiement qu'il doit toujours être au pouvoir du débiteur d'en faire, produit des arrérages qui s'accumulent tous les jours, et qui doivent être payés par chacun an par le débiteur au créancier, sans aucune diminution de la créance de la somme capitale.

110. Nous disons que la rente constituée est UNE ESPÈCE *de créance* d'une somme capitale; parce que ce n'est qu'improprement que le créancier d'une rente constituée est créancier de la somme qui en fait le capital, puisqu'il ne peut pas exiger cette somme : elle est *magis in facultate luitionis, quàm in obligatione*.

Elle est, néanmoins, en quelque façon, *in obligatione, non quidem purâ et simplici, sed conditionali*. Le débiteur de la rente constituée est débiteur du capital, *non quidem formaliter et distinctè, sed effectivè et conditionaliter* (ce sont les expressions de Dumoulin) : c'est-à-dire, il en est débiteur *conditionaliter*, en tant qu'il ne peut faire cesser le cours des arrérages qu'en payant le capital. On peut donc

dire en ce sens, que le capital d'une rente est dû, et que lorsque le débiteur en offre le remboursement, il offre le paiement de ce qu'il doit. C'est pourquoi nous avons bien défini la rente constituée, en disant qu'elle était *une espèce de créance* d'une somme capitale.

111. A l'égard de la prestation des arrérages, elle n'est pas non plus, suivant l'expression de Dumoulin, *in obligatione purâ et præcisâ, sed conditionali, et resolubili, nisi malit debitor sortem reddere.* Il n'y a que les arrérages du temps qui a couru, qui soient proprement et absolument dus; ceux du temps à venir ne le sont pas encore; ils ne le seront qu'à mesure que chacun des jours du temps à venir qui se succéderont, leur donnera la naissance; et, jusqu'à ce qu'ils soient nés, il est au pouvoir du débiteur d'en empêcher la naissance, en remboursant la somme capitale avant qu'ils naissent.

Les arrérages échus sont à la vérité dus purement et absolument; mais ils ne sont pas dus comme l'objet principal de la créance dans laquelle consiste la rente constituée : car c'est le capital qui est l'objet principal de cette créance; les arrérages ne sont dus que comme accessoires de ce principal.

C'est pour cela que le créancier, qui a mis le débiteur en demeure de lui payer les arrérages d'une rente constituée, ne peut prétendre aucun intérêt de la somme qui lui est due pour lesdits arrérages, depuis que le débiteur a été mis en demeure; car ces arrérages n'étant qu'une dette accessoire de la dette du capital de la rente, n'étant qu'une espèce d'intérêt de ce capital, il n'en peut être dû d'intérêts, suivant les principes de droit, *accessio accessionis non est.*

112. On a fait autrefois une question sur la nature des rentes constituées, qui est de savoir si elles doivent être rangées sous la classe des biens meubles, ou sous celle des biens immeubles. Quelques Coutumes, telles que celles de Blois, Reims, Troyes, etc., les réputent meubles. La raison, sur laquelle ces Coutumes se sont fondées, est que, suivant la règle, *actio ad mobile est mobilis, actio ad immobile est immobilis;* les droits de créance tirent leur qualité de meubles ou d'immeubles de la nature de la chose due qui en fait l'objet; d'où elles ont tiré cette conséquence, que la chose, qui est due dans une rente constituée, et qui en fait l'objet, étant de l'argent, et l'argent étant quelque chose de mobilier, la rente constituée devait être réputée créance mobilière.

Observez que, quoique dans ces Coutumes les rentes constituées soient réputées meubles, néanmoins elles peuvent être, même dans ces Coutumes, grevées de substitution de la même manière que les immeubles, *Ordonnance de* 1747, *T.* 1, *art.* 3.

Au contraire, les Coutumes de Paris, d'Orléans, etc., qui font à cet égard le droit commun, qui est observé dans celles qui ne s'en sont pas expliquées, ont rangé les rentes constituées dans la classe des biens immeubles. Les raisons, sur lesquelles elles se sont fondées, sont, qu'il y a une grande différence entre les rentes constituées et les créances d'une somme d'argent exigible. Celles-ci sont un bien mobilier, parce qu'elles ne tendent qu'à recevoir cette somme d'argent; c'est à cette somme d'argent, qui est quelque chose de mobilier, qu'elles se terminent. Il n'en est pas de même des rentes constituées : le capital d'une rente, qui en est l'objet principal, est à la vérité une somme d'argent; mais ce n'est pas une somme d'argent exigible. Le droit de rente constituée ne donne pas au créancier le droit de recevoir cette somme d'argent, mais seulement d'en recevoir les arrérages par chacun an à perpétuité, jusqu'au remboursement de la somme capitale, qu'il est permis au débiteur de faire quand il voudra : le droit de rente constituée ne tend donc pas à recevoir la somme d'argent qui en est le capital, il tend à en recevoir à perpétuité les arrérages par chacun an. Ces arrérages, que le créancier d'une rente constituée a droit de percevoir sans aucune altération ni diminution du capital de la rente, étant quelque chose qui ressemble au revenu annuel et perpétuel que les véritables immeubles, c'est-à-dire les héritages, produisent à ceux qui en sont propriétaires, on en a conclu que les rentes constituées, qui tendent à recevoir le revenu annuel et perpétuel que produit le capital de la rente sans aucune diminution de ce capital, étaient une espèce de biens ressemblante aux immeubles, et qui devait être rangée sous la classe des biens immeubles.

L'opinion, qui répute immeubles les rentes constituées, que la Coutume de Paris a embrassée, est aussi celle qui a été suivie par les canonistes. C'est ce qui paraît par la décrétale *exivi, tit. de verb. signif. in Clementin.* Clément V, au concile de Vienne, déclare par cette décrétale que les Franciscains sont incapables de posséder les rentes, attendu qu'elles sont réputées immeubles : *Quùm annui reditus*, dit-il, *inter immobilia censeantur à jure.... nulla dubitatio est quòd Fratribus eos habere non licet.*

113. Une rente constituée ne laisse pas d'être réputée un bien immeuble, quoiqu'il n'en ait pas été passé d'acte devant notaires : car c'est de sa propre nature qu'elle a cette qualité de bien immeuble, et non de l'hypothèque sur les

biens du débiteur que lui donne l'acte passé devant notaires; de même que, *vice versâ*, la créance d'une somme exigible ne laisse pas d'être un bien meuble, quoiqu'elle résulte d'un acte passé devant notaires, et qu'elle soit en conséquence accompagnée d'hypothèque.

114. Quoiqu'une rente constituée devienne *ex accidenti* exigible, *putà*, par la faillite du débiteur, elle ne laisse pas de conserver sa qualité d'immeuble tant qu'elle durera, c'est-à-dire, jusqu'à ce qu'elle soit amortie par le remboursement du capital : car elle n'est pas pour cela *in se* la créance d'une somme exigible, puisque ce n'est qu'*ex accidenti, et ex causâ extrinsecâ*, que le créancier en peut exiger le remboursement.

115. Les rentes constituées n'étant pas un droit réel qu'ait le créancier dans quelque héritage, mais étant une créance personnelle résultante de l'obligation que le débiteur, qui a constitué la rente, a contractée envers le créancier de la rente à qui il l'a constituée, il s'ensuit que les rentes constituées n'ont aucune situation, mais que ce sont des droits personnels, qui ne peuvent se régir que par la loi du domicile de la personne à qui la rente appartient, loi à laquelle cette personne est soumise : elles sont par conséquent réputées meubles ou immeubles, suivant que cette loi les répute meubles ou immeubles.

Quid, si le créancier et le débiteur étaient domiciliés sous différentes Coutumes, dont l'une réputât les rentes meubles, l'autre les réputât immeubles? Ce serait la Coutume du créancier qui déciderait de leur nature : car lorsqu'on demande si les rentes sont un *bien* meuble ou un *bien* immeuble, elles sont considérées comme un *bien*. Or, c'est en la personne du créancier de la rente, et à qui la rente appartient, que la rente est un *bien*; par conséquent c'est par rapport à sa personne, et par la loi qui régit sa personne, qu'on doit décider si elle est *bien meuble* ou *bien immeuble*.

116. Une rente constituée, d'immeuble qu'elle était, devient meuble, lorsque le propriétaire, qui était domicilié sous une Coutume qui répute immeubles les rentes, transfère son domicile sous une Coutume qui les répute meubles, *et vice versâ*.

117. Il en est de même, lorsque la rente, qui appartenait à une personne soumise à une loi qui répute les rentes immeubles, passe, soit à titre universel, soit à titre singulier, à un successeur soumis à une loi qui les répute meubles, *et vice versâ*.

Suivant ces principes, lorsqu'un Rémois a laissé dans sa succession des rentes constituées, ces rentes étant des droits personnels qui sont régis par la Coutume de Reims, à laquelle était sujette la personne du défunt, sont considérées comme meubles dans sa succession, et la succession en est déférée à l'héritier aux meubles. Mais si cet héritier est un Parisien, aussitôt qu'il aura recueilli cette succession, cette rente, dont il devient propriétaire, devient en sa personne un immeuble, suivant la Coutume de Paris, qui régit ses droits personnels.

Cet immeuble sera-t-il en sa personne un propre ou un acquêt? La raison pour le dire propre, est que c'est un immeuble avenu à titre de succession.

La raison de décider qu'il n'est pas *propre*, mais seulement *acquêt*, est que les propres étant définis par plusieurs Coutumes *anciens héritages*, il ne suffit pas, pour qu'une rente soit propre, qu'elle ait en la personne de l'héritier la qualité d'immeuble ou d'*héritage*; il faut qu'elle ait eu cette qualité en la personne du défunt : car si elle n'a commencé à avoir cette qualité qu'en la personne de l'héritier, on ne peut pas dire que ce soit *un ancien héritage*. C'est l'avis de Boullenois, *quæst.* 2, 12; et de l'Annotateur de Lebrun, *Traité de la Comm.*, *l.* 1, *chap.* 5, *D.* 4, *n.* 37, qui rapporte un arrêt du 14 mai 1697, et une sentence des requêtes du 10 avril 1710, qui ont confirmé ce sentiment.

118. Observez que, quoiqu'une rente, qui était immeuble en la personne du propriétaire, devienne meuble par sa translation de domicile, ou par la translation de propriété de cette rente à une autre personne régie par une Coutume qui répute meubles les rentes; néanmoins si, avant la translation de domicile du propriétaire de la rente, ou avant la translation de propriété de cette rente, les créanciers du propriétaire avaient acquis des droits d'hypothèque sur la rente, ces créanciers conserveraient leur droit d'hypothèque sur cette rente, quoique devenue meuble quant à tous autres effets; le propriétaire de la rente, qui leur avait donné un droit d'hypothèque sur cette rente, n'a pu les en dépouiller en transférant son domicile ailleurs, ou en faisant passer la rente à un autre. C'est ce qui a été jugé par arrêt du 19 avril 1687, rapporté au Journal du Palais.

119. Le principe, que nous avons établi, que les rentes constituées n'avaient pas de situation, a lieu, quand même elles seraient créées avec un assignat sur un certain héritage; car cet assignat n'est qu'un droit accessoire de la rente, laquelle, *principaliter et in se*, est un droit personnel.

Il y a, néanmoins, certaines rentes qui sont censées avoir une situation dans le lieu où le bureau du paiement est établi, et qui sont régies

par la Coutume de ce lieu; ce sont celles dues par le roi.

Par exemple, toutes les rentes dues par le roi sur l'hôtel-de-ville de Paris, sont censées avoir leur situation à Paris, et sont régies en conséquence par la Coutume de Paris, où est établi le bureau de paiement de ces rentes.

Celles qu'on appelle rentes provinciales, créées par le roi sur les tailles des différentes provinces, et pour lesquelles il y a un bureau de paiement établi dans la capitale de chacune de ces provinces, doivent pareillement être censées avoir leur situation où est établi le bureau.

A l'égard des rentes dues par les états des différentes provinces, la jurisprudence ne leur attribue aucune situation, et les fait en conséquence régir par la loi du domicile du créancier. C'est ce qui a été jugé à l'égard des rentes que doivent les états de Bourgogne, par arrêt du 23 février 1741, rapporté dans un recueil d'arrêts notables, imprimé en 1743.

On doit décider la même chose à l'égard des rentes diocésaines dues par le clergé des différens diocèses.

120. Il ne peut pas être douteux que le droit de rente constituée est un droit divisible. C'est pourquoi, si le créancier laisse plusieurs héritiers, chacun d'eux n'est que pour sa part héréditaire, créancier de cette rente trouvée en sa succession; à moins qu'il n'en eût été disposé autrement entre eux, en faisant tomber à l'un d'entre eux cette rente entière par le partage de la succession.

Vice versâ, si le débiteur de la rente laisse plusieurs héritiers, chacun d'eux n'est, en sa qualité d'héritier, tenu de la rente que pour sa part héréditaire en la succession du débiteur. Il en peut, néanmoins, être tenu pour le total hypothécairement comme bien tenant, si la rente était due en vertu d'un acte portant hypothèque sur les biens du défunt.

Quoique chaque héritier du débiteur de la rente n'en soit personnellement tenu que pour sa part héréditaire, il n'en faut pas conclure qu'il doive être admis à la racheter pour cette part; car l'effet de la division de la rente entre les héritiers du débiteur, n'est pas de faire d'une seule rente plusieurs rentes; c'est plutôt de faire qu'une rente, qui était indivise en la personne du débiteur, devienne divisée en celles de ses héritiers, qui n'en sont débiteurs chacun que pour leur part héréditaire : mais la faculté de racheter cette rente, sous laquelle elle a été contractée, ne se divise pas entre eux, cette faculté étant indivisible, comme nous le verrons *infrà*, *chap*. 7, où nous traiterons du rachat des rentes.

ARTICLE II.

De la prestation des arrérages, et de leur prescription.

§ I. DE LA PRESTATION DES ARRÉRAGES.

121. Le débiteur d'une rente constituée en doit payer chaque année les arrérages.

Quoique les arrérages échéent et soient dus chaque jour, néanmoins le créancier ne peut exiger que ceux de chaque année qui est révolue; il ne peut exiger ceux des jours de l'année courante, jusqu'à ce qu'elle soit entièrement révolue, à moins que le débiteur ne soit convenu d'un autre terme, *putà*, de payer tous les six mois.

122. Lorsque le créancier de la rente et le débiteur demeurent dans le même lieu, *quùm sunt ejusdem fori*, le paiement des arrérages doit se faire en la maison du créancier, quoique les parties ne se soient pas expliquées par le contrat sur le lieu du paiement. Le débiteur lui doit cette déférence, pouvant en ce cas, sans qu'il lui en coûte, porter ou faire porter son argent en la maison du créancier; et la convention de payer en la maison du créancier étant en ce cas d'usage, doit être sous-entendue au contrat.

C'est l'avis de Dumoulin, *Tract. de usur.*, *quæst*. 9, qui dit que, *si creditor et debitor sint ejusdem fori, clausula illa, quòd debiter tenebitur reditum afferre et solvere in domicilio creditoris, tacitè inest, dummodò reditus consistat in pecuniâ.*

123. Quoique le débiteur, par la suite, aille s'établir dans un lieu éloigné, la rente continue d'être payable en la maison du créancier, qui ne doit pas souffrir de cette translation de domicile.

Mais si c'est le créancier qui, depuis le contrat, va établir sa demeure dans un lieu plus éloigné, le débiteur n'est pas obligé de l'y aller chercher, soit dans le cas auquel les parties ne se seraient pas expliquées sur le lieu du paiement, soit même dans le cas auquel il serait dit que le paiement se ferait en la maison du créancier; ce qui doit s'entendre de la maison du créancier dans le lieu où il demeurait lors du contrat, la translation de son domicile en un autre lieu n'ayant pas été prévue.

124. Si, lors du contrat, le créancier et le débiteur avaient leur domicile en différens lieux, la rente est payable au lieu du domicile du débiteur, selon les principes établis en notre Traité des obligations, *n*. 513; à moins qu'il ne soit convenu expressément qu'elle serait payable au domicile du créancier.

On a même mis en question si cette clause était valable dans une constitution de rente faite

au taux de l'Ordonnance. La raison de douter est, qu'il semble que ce soit exiger quelque chose du débiteur au-delà du taux de l'Ordonnance, ce qui ne peut jamais être permis. Nonobstant cette objection que Dumoulin se fait, il décide, *quæst.* 9, que la clause est valable. S'il coûte quelque chose au débiteur pour faire tenir son argent au domicile du créancier, c'est un coût qui naît d'une cause étrangère au contrat de constitution, savoir, de l'éloignement de sa demeure : *Hoc venit extrinsecùs è contractu et creditore, et naturâ rei, propter conditionem debitoris, et casum in ejus personâ contingentem, qui non debet imputari creditori, nec ei nocere.* Le créancier, qui aurait pu donner son argent à constitution à des gens du lieu, ne doit pas souffrir de l'éloignement de la demeure du débiteur. C'est une condition encore moins onéreuse au débiteur, que s'il eût exigé de lui des cautions sur le lieu, comme il le pouvait.

Au surplus, tout ce que nous avons dit dans notre Traité des obligations, *part.* 3, sur le paiement des dettes, reçoit application au paiement de ces arrérages.

125. Lorsque le roi, pour les besoins de l'État, juge à propos de lever pendant un certain temps, le dixième ou le vingtième des revenus de ses sujets, les édits, qui ordonnent la levée de ces impositions, permettent aux débiteurs des rentes constituées, de même qu'aux débiteurs des autres rentes, de retenir et faire déduction à leurs créanciers des dixièmes et vingtièmes des arrérages des rentes qu'ils doivent, courus pendant le temps que doit durer l'imposition. La raison est que le créancier doit au roi le dixième ou vingtième du revenu de ses biens, et par conséquent de la rente qui lui est due : d'un autre côté les revenus des biens du débiteur de la rente ne doivent s'estimer que sous la déduction des rentes dont ils sont chargés. Ainsi lorsque le débiteur a payé au roi le dixième ou vingtième du revenu de ses biens, sans que le roi lui ait fait déduction du dixième ou vingtième des rentes dont ses biens sont chargés, ce débiteur se trouve avoir payé le dixième ou vingtième desdites rentes pour et en acquit des créanciers à qui il les doit; et il est par conséquent fondé à les retenir, et à en faire déduction auxdits créanciers sur les arrérages qu'il leur doit.

126. Le débiteur n'étant fondé à retenir à son créancier les dixièmes ou vingtièmes des arrérages de la rente qu'il lui doit, qu'autant qu'il paraît les avoir payés pour son créancier au roi, c'est une conséquence qu'il doit justifier, par le rapport des quittances des dixièmes et vingtièmes, qu'il a effectivement payé au roi une somme au moins égale à celle qu'il veut retenir à ses créanciers sur les arrérages de la rente qu'il leur doit; et les créanciers sont bien fondés à lui demander le rapport de ses quittances.

C'est pourquoi, si le débiteur n'a pas été employé dans les rôles des dixièmes ou vingtièmes, soit parce qu'il ne possède aucuns héritages, soit parce que ceux qu'il possède ne sont pas venus à la connaissance de ceux qui ont fait les rôles, il ne pourra rien retenir à son créancier pour les dixièmes et vingtièmes des arrérages de la rente qu'il lui doit, ne pouvant pas dire, en ce cas, qu'il les a payés pour son créancier, puisqu'il n'aura rien payé du tout.

Par la même raison, si le débiteur de la rente est à la vérité employé dans les rôles des dixièmes ou vingtièmes, mais pour une somme moindre que celle à laquelle montent les dixièmes et vingtièmes des arrérages de la rente qu'il doit, il ne pourra retenir au créancier de cette rente une plus grande somme que celle pour laquelle il a été employé dans lesdits rôles.

Lorsque quelqu'un est débiteur de plusieurs rentes, il ne peut par la même raison retenir sur les arrérages de toutes lesdites rentes, une plus grande somme que celle à laquelle il est imposé pour les dixièmes et vingtièmes de ses biens.

Par exemple, si quelqu'un est débiteur envers un créancier d'une rente de 100 livres, et de deux autres rentes de 50 livres chacune envers deux autres créanciers, et qu'il ne soit employé que pour 20 livres pour les trois vingtièmes de ses biens, il ne doit pas déduire sur la rente de 100 liv. celle de 15 livres, à laquelle montent les trois vingtièmes d'une rente de 100 livres; et sur chacune des rentes de 50 livres, celle de 7 livres 10 sous à laquelle montent les trois vingtièmes d'une rente de 50 livres : car il se trouverait retenir à ses créanciers 30 livres, pendant qu'il n'en a payé que 20 au roi. Il doit donc, en ce cas, retenir seulement 10 livres au créancier de la rente de 100 livres, et 100 sous à chacun des créanciers des rentes de 50 livres.

Mais le débiteur ne peut être forcé à rendre cette justice à ses créanciers, que dans le cas auquel tous lesdits créanciers se présenteraient ensemble pour être payés de leurs arrérages : hors ce cas, cette justice, que le débiteur doit à ses créanciers, est laissée à sa conscience; et l'un des créanciers, à qui ce débiteur voudrait retenir les trois vingtièmes pour le total des arrérages de la rente qu'il lui doit, ne serait pas reçu à demander à justifier que son débiteur doit encore des rentes à d'autres, et que les sommes, auxquelles il est employé pour les trois vingtièmes de ses biens, ne montent pas à beaucoup près aux trois vingtièmes des arrérages de toutes les rentes qu'il doit; car il ne doit pas être permis à un créancier d'entrer dans le secret des affaires de son débiteur.

127. Lorsqu'une rente constituée est assignée sur un certain héritage, pour que le débiteur soit fondé à retenir en entier les vingtièmes de cette rente, il n'est pas nécessaire que la somme, à laquelle il est imposé pour les vingtièmes de l'héritage sur lequel la rente est assignée, soit au moins égale à celle à laquelle montent les vingtièmes des arrérages de la rente : il suffit que ce qu'il paie pour les vingtièmes de tous ses biens, excède ou au moins égale cette somme; car la rente qu'il doit, quoique assignée sur un certain héritage, n'est pas une charge seulement de l'héritage sur lequel elle est assignée; elle est une charge de tous ses biens.

128. Lorsque les édits, qui ordonnent la levée des dixièmes et vingtièmes des revenus des sujets du roi pendant un certain temps, comprennent les revenus de l'industrie, un débiteur de rentes constituées, qui n'a pas d'héritages pour lesquels il soit imposé aux rôles des dixièmes ou vingtièmes des biens fonds, mais qui se trouve imposé aux rôles de l'industrie, peut retenir à ses créanciers les dixièmes et vingtièmes des arrérages de rente qu'il leur doit, jusqu'à concurrence néanmoins de la somme pour laquelle il est imposé au rôle d'industrie.

129. Les communautés ecclésiastiques peuvent-elles retenir à leurs créanciers les dixièmes et vingtièmes des rentes qu'elles leur doivent? La raison de douter se tire de ce que nous avons établi qu'un débiteur de rente constituée ne peut être fondé à retenir à ses créanciers les dixièmes et vingtièmes des arrérages de rente qu'il leur doit, qu'autant qu'il est lui-même imposé pour ses biens aux rôles des dixièmes et vingtièmes; car ce débiteur ne peut pas dire à ses créanciers qu'il a payé pour eux les dixièmes ou vingtièmes des rentes qu'il leur doit, lorsqu'il n'a rien payé du tout. Or il est notoire que les communautés ecclésiastiques ne sont pas imposées pour leurs biens aux rôles des dixièmes et vingtièmes : il semble donc qu'elles ne peuvent pas le retenir à leurs créanciers. La réponse, qui sert de raison de décider, est que le roi n'ayant exempté le clergé de l'imposition des dixièmes ou vingtièmes de ses biens, qu'à la charge d'un don gratuit que le clergé s'est obligé de payer au roi, l'imposition de ce don gratuit tient lieu des dixièmes et vingtièmes auxquels les gens d'église auraient dû être imposés pour leurs biens; et les communautés ecclésiastiques, débitrices de rentes constituées, étant censées avoir payé les dixièmes et vingtièmes du revenu de leurs biens, par les sommes auxquelles elles sont imposées dans les rôles de ce don gratuit, elles sont bien fondées à les retenir sur les arrérages de rente qu'elles doivent à leurs créanciers.

130. Si les édits, qui ordonnent la levée des dixièmes ou vingtièmes des revenus des sujets du roi pendant un certain temps, portaient une exception pour les biens d'église, ou si l'exemption de cette imposition était accordée au clergé par quelque loi intervenue depuis l'édit, qui eût été enregistrée dans les parlemens; en ce cas, il n'est pas douteux que ceux, qui doivent des rentes à des communautés ecclésiastiques ou à d'autres gens d'église, ne seraient pas fondés à leur retenir les dixièmes ou vingtièmes des arrérages des rentes qu'ils leur doivent; car un débiteur ne peut être fondé à les retenir à son créancier, qu'autant qu'il peut être censé les avoir payés au roi en acquit de son créancier : or il est évident qu'il ne peut pas être censé les avoir payés en acquit de son créancier, lorsque le créancier, par un privilége, n'est pas sujet à cette imposition.

La seule voie, qui resterait en ce cas au débiteur, serait de se pourvoir pardevant l'intendant de la province où il est imposé pour ses biens aux dixièmes; de lui exposer et de lui justifier que ces biens sont chargés de tant de rente à des gens d'église, auxquels il ne peut retenir les dixièmes et vingtièmes, et de demander que, sur les sommes auxquelles il est imposé pour ses biens, il lui soit fait déduction des dixièmes et vingtièmes desdites rentes.

L'exemption des vingtièmes, dont jouit aujourd'hui le clergé, n'étant pas *légalement* connue aux parlemens, parce qu'elle ne lui a été accordée que par un arrêt du conseil qui n'a pas été revêtu de lettres-patentes, ni registré au parlement, on pourrait soutenir que les débiteurs de rentes dues à des communautés ecclésiastiques ou autres gens d'église, seraient recevables à leur retenir les vingtièmes des arrérages qu'ils leur doivent, et qu'ils ne peuvent opposer leur exemption; et l'on m'a assuré qu'on le tenait ainsi au palais. Je ne trouve pas néanmoins équitable cette rétention de la part des débiteurs, qui ont une autre voie pour se faire décharger des vingtièmes des arrérages qu'ils doivent aux gens d'église; savoir, celle ci-dessus expliquée, de la requête aux intendans, d'autant qu'il est notoire que les intendans font droit sur ces requêtes.

131. Le débiteur d'une rente constituée ne peut rien retenir au créancier sur les arrérages, que pour raison des impositions générales que le roi juge à propos de faire sur les revenus de tous les biens de ses sujets, de quelque nature qu'ils soient, telles que sont les impositions des vingtièmes et dixièmes. Il en est autrement des impositions particulières, qui seraient faites sur les héritages sur lesquels la rente constituée est assignée, telles que sont les impositions qui seraient faites sur les héritages d'une paroisse

pour les réparations de l'église ou du presbytère; celles faites sur les héritages voisins d'un grand chemin, pour la réfection de ce chemin, et autres semblables. Le créancier d'une rente constituée, quoiqu'elle soit assignée sur quelqu'un desdits héritages, n'est tenu de contribuer en rien auxdites impositions, et le débiteur de la rente, qui a acquitté lesdites impositions, ne peut lui rien diminuer sur les arrérages de la rente : en cela, les rentes constituées, quoique avec assignat sur un héritage, sont différentes des rentes foncières; le créancier d'une rente foncière étant tenu de contribuer, pour la rente qui lui est due, auxdites impositions, s'il n'y a pas une clause par le bail que la rente lui sera payée franchement. La raison de cette différence est, qu'un droit de rente foncière est un droit dans l'héritage sur lequel elle est à prendre : l'héritage étant censé appartenir en quelque façon, jusqu'à concurrence de la rente, au seigneur de rente foncière, c'est une conséquence qu'il doive contribuer aux charges de l'héritage, et par conséquent à ces impositions. Au contraire, le droit de rente constituée est un droit personnel, et une créance contre la personne qui l'a constituée plutôt qu'un droit dans le fonds sur lequel elle est assignée : et l'assignat ne renferme qu'une hypothèque spéciale, comme nous l'avons vu.

§ II. DES PRESCRIPTIONS CONTRE LES ARRÉRAGES DES RENTES CONSTITUÉES.

132. Une première espèce de prescription, qui est commune aux rentes constituées et aux autres rentes, est que les quittances de trois années consécutives d'arrérages forment une présomption de paiement des années précédentes, et opèrent en conséquence une présomption ou fin de non recevoir contre la demande qu'en ferait le créancier. Voyez notre *Traité des obligations*, *n.* 846.

133. Il est particulier aux arrérages des rentes constituées, que si le créancier en laisse accumuler plus de cinq années, il ne peut exiger que les cinq dernières, et qu'il y a une prescription acquise au débiteur pour le surplus.

Cette prescription procède de l'Ordonnance de Louis XI, de l'an 1510, *art.* 71. Il est dit en cet article, *qu'il arrivait souvent que les créanciers de ces rentes, après avoir laissé accumuler beaucoup d'arrérages qui excédaient le capital, faisaient vendre, pour en avoir le paiement, les biens de leurs débiteurs, qu'ils réduisaient à la mendicité :* et il ajoute ensuite : *Nous, considérant tels contrats être odieux et à restreindre, ordonnons que les acheteurs* (c'est-à-dire les créanciers) *de telles rentes ne pourront demander que les arrérages de cinq ans au moins; et si outre iceux cinq ans, aucune année fût échue, dont n'eussent fait question ne demande en jugement, en seront déboutés par fin de non recevoir; et en ce ne sont comprises les rentes foncières portant directe ou censive.*

Il paraît, par les termes de cette Ordonnance, que la prescription qu'elle accorde au débiteur d'une rente constituée, contre ce qui lui serait demandé pour arrérages au-delà de cinq années, n'est pas fondée sur une présomption de paiement de ce surplus, mais qu'elle est seulement établie pour subvenir au débiteur, et pour punir la négligence du créancier qui a laissé accumuler trop d'arrérages. C'est sur ce principe qu'il a été jugé, par arrêt du 23 juillet 1712, rapporté au sixième volume du Journal des Audiences, que le créancier, à qui on oppose cette prescription de cinq ans, n'était pas admis à déférer au débiteur le serment sur le paiement du surplus; car en supposant que le débiteur ne l'aurait pas payé, le créancier n'en est pas moins sujet à cette prescription, en punition de sa négligence.

134. Cette prescription ne décharge le débiteur que dans le for extérieur : il est, dans le for de la conscience, débiteur de tous les arrérages qu'il n'a pas payés; car, comme nous l'avons observé en notre Traité des obligations, *n.* 676, les prescriptions n'éteignent pas la dette, et elles ont seulement l'effet de faire perdre au créancier l'action qu'il avait pour contraindre le débiteur au paiement.

135. Il y a, néanmoins, quelques cas dans lesquels la prescription de cinq ans décharge le débiteur, même dans le for de la conscience.

Le premier cas est lorsque le débiteur de la rente est un mineur ou un interdit, qui, par l'insolvabilité de son tuteur ou de son curateur, ou par la compensation qui a été faite de ses revenus avec ses alimens, n'a pas profité de la somme qui eût dû être employée au paiement des arrérages de la rente : car ce débiteur mineur ou interdit, qui n'a pu payer par lui-même les arrérages de la rente par lui due, à l'égard desquels la prescription de cinq ans est acquise, ne doit pas souffrir de la négligence du créancier qui ne s'est pas fait payer des arrérages, comme il le devait, par le tuteur ou le curateur.

Le second cas est lorsqu'une débitrice de la rente est une femme qui était sous puissance de mari, et en communauté de biens avec lui, communauté à laquelle elle a renoncé après la mort de son mari. Elle ne doit pas être tenue, même dans le for de la conscience, des arrérages courus pendant le mariage, pour lesquels la prescription de cinq ans est acquise : car

n'ayant pu les payer elle-même pendant qu'elle était sous puissance de mari, elle ne doit pas souffrir de la négligence du créancier, qui, en laissant acquérir au mari la prescription de cinq ans, l'a privée du recours contre la succession de son mari, qui devait l'en acquitter.

Si la femme a accepté la communauté, elle est tenue, dans le for de la conscience, de payer la moitié de ces arrérages pour lesquels la prescription est acquise : car ces arrérages sont, non une dette civile, mais une dette naturelle de la communauté, dont elle est tenue pour moitié, et jusqu'à concurrence de ce qu'elle amende de la communauté.

136. Lorsque le débiteur d'une rente, qui en doit être acquitté par une autre personne, *putà*, par une personne à qui il a vendu quelque héritage à la charge de cette rente, était lui-même en pouvoir d'en payer les arrérages, est-il, dans le for de la conscience, déchargé par la prescription de cinq ans? Ce cas-ci souffre beaucoup plus de difficulté que les précédens, car on ne peut pas dire dans ce cas-ci, comme on peut le dire dans les précédens, que c'est par le seul fait du créancier, et par la négligence que le créancier a eue à ne pas exiger son paiement, et à laisser courir le temps de la prescription, que ce débiteur se trouve privé de son recours contre la personne qui devait l'acquitter : c'est autant par sa propre négligence que par celle du créancier, que ce débiteur est privé de son recours, qu'il aurait pu avoir, en payant avant que la prescription fût accomplie, comme il le pouvait, puisque nous supposons qu'il était en son pouvoir de le faire, et comme il le devait, puisqu'il était le débiteur personnel et principal de cette rente. Je pense qu'on peut, sur cette question, user d'une distinction. Si le débiteur savait que la personne chargée d'acquitter la rente à sa décharge, ne l'acquittait pas, ou même seulement s'il avait sujet d'en douter, il est en faute de n'avoir pas payé lui-même; et en conséquence, par les raisons ci-dessus rapportées, il n'est pas, dans le for de la conscience, déchargé par la prescription de cinq ans. Mais si le débiteur avait un juste sujet de croire que la personne chargée d'acquitter pour lui la rente, l'acquittait effectivement, *putà*, parce qu'elle l'avait déjà acquittée pendant un temps considérable, on peut soutenir, en ce cas, que le débiteur est déchargé, dans le for de la conscience, par la prescription de cinq ans, parce que c'est le créancier qui lui a fait perdre son recours, et l'a induit en erreur, en ne l'avertissant pas que la personne chargée d'acquitter la rente ne l'acquittait pas.

137. Lorsque plusieurs sont débiteurs solidaires d'une rente, chacun d'eux ne s'étant obligé au total qu'à la charge que le créancier lui céderait ses actions contre ses codébiteurs, le créancier s'étant, par la prescription de cinq ans qu'il a laissé s'accomplir, mis hors d'état de pouvoir les lui céder, chacun des débiteurs est, par la prescription, même dans le for de la conscience, déchargé, pour les parts de ses codébiteurs, des arrérages pour lesquels la prescription est acquise, et il demeure obligé naturellement pour sa part seulement.

Par la même raison, une caution est, par la prescription de cinq ans, déchargée, même dans le for de la conscience, ne s'étant obligée qu'à la charge que le créancier, lorsqu'elle le paierait, lui céderait ses actions contre le débiteur principal.

138. Cette prescription a-t-elle lieu à l'égard de toutes les rentes constituées, même à l'égard de celles constituées pour le prix d'un héritage par le contrat de vente qui en a été fait? Il y a de puissantes raisons pour les excepter de la loi qui a établi cette prescription. On peut dire que le motif de cette loi y étant exprimé en ces termes : *Nous, considérant tels contrats être odieux et à restreindre*, la loi ne doit concerner que les constitutions de rentes faites à purs deniers, lesquelles, à cause de la ressemblance qu'elles ont avec le prêt à intérêt, sont *actes odieux et à restreindre*. Mais les constitutions de rentes faites par l'acheteur d'un héritage, pour le prix de l'héritage qu'on lui vend, n'ont rien de défavorable. Ces constitutions sont entièrement en faveur du constituant : s'il n'eût pas fait de constitution, il eût dû les intérêts du prix du jour qu'il est entré en jouissance de l'héritage, intérêts qui n'auraient pas été sujets à cette prescription de cinq ans. La facilité, qu'a eue le créancier de consentir l'aliénation du prix, ne doit pas le rendre de pire condition, en le rendant sujet à cette prescription à laquelle il n'eût pas été sujet s'il n'eût pas consenti cette aliénation. Enfin l'équité ne permet pas qu'à la faveur de cette prescription, l'acheteur ait tout à la fois la jouissance de l'héritage, et celle du prix qu'il n'a pas encore payé.

D'un autre côté, on dit que la défaveur des contrats de constitution à purs deniers a pu donner occasion et servir de motif pour porter la loi. Mais la loi ayant été portée, et cette loi étant générale, comprend, sous la généralité de ses termes, tous les contrats de constitution, ceux faits pour le prix d'un héritage aussi bien que les autres : le vendeur de l'héritage, en consentant qu'on lui constituât une rente pour le prix de son héritage, est soumis aux règles des contrats de constitution, et par conséquent à la prescription de cinq ans. La loi n'a entendu faire exception d'aucune espèce de rentes con-

stituées ; ce qui paraît par les derniers termes, *en ce non compris les rentes foncières*. Ce dernier sentiment paraît autorisé par un arrêt du 13 juin 1679, rapporté au Journal du Palais; et nous l'avons toujours suivi dans la pratique au châtelet d'Orléans. La question souffre grande difficulté.

139. Cette prescription a lieu contre les créanciers des rentes constituées, quels qu'ils soient, contre les mineurs, les interdits, contre une succession vacante, contre l'église, les communautés, les hôpitaux, etc.; sauf le recours de ces personnes contre leurs tuteurs, curateurs ou autres administrateurs qui n'ont pas fait les diligences qu'ils devaient faire contre les débiteurs. Leprêtre, 1, 7, cite un arrêt qui a jugé que cette prescription a lieu contre les mineurs. Bouchel, *V° Arrérages*, en cite un du 1er juin 1548.

140. *Quid*, si le mineur n'avait pas de recours, soit par l'insolvabilité de son tuteur, soit parce qu'il en était destitué? Je ne pense pas que cette prescription puisse, en ce cas, lui être opposée; car cette prescription est une peine qui ne peut être portée par un mineur qui n'est pas en faute cette prescription peut, à la vérité, lui être opposée lorsqu'il y a un tuteur contre lequel il a recours; car au moyen de ce recours, la peine que renferme cette prescription ne tombe pas sur ce mineur, qui n'est pas en faute; elle tombe sur son tuteur, qui étant en faute de n'avoir pas fait payer les arrérages dus à son mineur, doit porter cette peine. Mais dans le cas auquel la peine, que renferme la prescription, tomberait sur le mineur faute de recours, elle ne peut pas lui être opposée; il n'est pas juste qu'il porte une peine, n'étant pas coupable. En vain oppose-t-on que le débiteur ne doit pas souffrir de ce que son créancier est un mineur qui n'a pas de tuteur : car on ne peut pas proprement dire que le débiteur souffre quelque chose en n'opposant pas la prescription : il manque plutôt de gagner la décharge que cette prescription lui aurait procurée des arrérages qu'il doit effectivement, *certat de lucro*. Au contraire, le créancier mineur *certat de damno*, puisque la prescription, lorsqu'elle lui est opposée, lui fait perdre des arrérages qui lui sont dus effectivement. La cause du créancier mineur *qui certat de damno*, et à qui on ne peut reprocher aucune faute, doit donc prévaloir, pour le défendre de cette prescription, à la cause du débiteur *qui certat de lucro*, et qui n'est pas sans quelque faute, de n'avoir pas payé ce qu'il savait devoir. Il faut, néanmoins, avouer que la question souffre difficulté.

141. Cette prescription de cinq ans, de même que les autres prescriptions, s'interrompt par une interpellation judiciaire, faite par le créancier au débiteur de la rente, d'en payer les arrérages; et en ce cas, le créancier peut exiger, non seulement cinq années courues depuis l'interpellation, mais cinq autres années courues avant chaque interpellation.

Ce que nous avons dit en notre Traité des obligations, *n*. 696, 697, 698, de l'effet de l'interpellation judiciaire, reçoit ici application. Nous y renvoyons, pour ne pas répéter.

142. Lorsque les biens du débiteur sont saisis réellement, cette prescription, pendant tout le temps que dure la saisie, ne court pas contre le créancier qui est saisissant ou opposant : sa saisie ou son opposition est une interpellation judiciaire toujours subsistante.

143. La promesse, que le débiteur fait par écrit de payer les arrérages à l'égard desquels la prescription n'était pas encore acquise, en arrête et en empêche la prescription, dont le temps ne recommence à courir que du jour de cet écrit. Cela est indistinctement vrai par rapport au débiteur qui a fait cette promesse ; mais à l'égard des tiers, lorsque la promesse n'a été faite que par un acte sous signature privée, elle n'a d'effet que du jour que la date en a été constatée, soit par le contrôle, soit par la mort de quelqu'un de ceux qui ont souscrit l'acte; et en conséquence elle n'interrompt la prescription par rapport aux tiers, que des arrérages à l'égard desquels la prescription n'était pas encore acquise, lors du jour auquel la date a été constatée.

Par exemple, si un ancien créancier de rente constituée, dans l'ordre du prix des biens du débiteur vendus par décret, voulait être colloqué pour plus de cinq années d'arrérages courus avant son opposition au décret, quoiqu'il rapportât des reconnaissances et promesses de payer, faites par des actes passés sous signature privée du débiteur, par lesquels il prétendrait que la prescription des anciens arrérages antérieurs aux cinq années aurait été interrompue, les créanciers postérieurs seraient bien fondés à l'empêcher, ces actes d'interruption ne faisant pas foi de leur date à l'égard des tiers.

144. Cette prescription non seulement peut être interrompue, elle peut aussi se couvrir à l'égard des arrérages courus avant les cinq dernières années contre lesquels elle était acquise. Mais il y a cette différence, qu'elle peut s'interrompre, même contre un débiteur mineur et interdit; au lieu que, quand elle a été une fois acquise, elle ne peut se couvrir que par un débiteur majeur et usant de ses droits : car un débiteur, qui n'a pas la libre disposition de ses droits, ne peut pas renoncer au droit de la prescription qui lui est acquis.

145. Cette prescription se couvre, soit par le paiement que le débiteur fait des arrérages à

l'égard desquels la prescription était acquise, soit par la promesse qu'il a faite de les payer. Mais cette promesse n'a d'effet et ne couvre la prescription que contre le débiteur qui l'a faite, et non contre ses codébiteurs ou cautions, ni contre des tiers. Voyez *dans notre Traité des obligations*, *n.* 699, ce que nous avons dit sur la manière dont se couvrent les prescriptions.

146. Observez que le débiteur d'une rente constituée, s'il est majeur, peut bien renoncer au droit que lui a acquis la prescription de cinq ans pour les arrérages échus contre lesquels cette prescription était acquise; car il est permis à chacun de renoncer à son droit, lorsqu'il a la libre disposition de ses biens : mais la convention, par laquelle le débiteur contreviendrait, soit par le contrat de constitution, soit par un autre acte fait *ex intervallo*, avec le créancier, de ne pas user de cette prescription à l'égard des arrérages à venir, ne serait pas valable : car les prescriptions étant de droit public, elles ne peuvent être empêchées par les conventions des particuliers : *Privatorum conventio juri publico non derogat*. Si l'on avait égard à une pareille convention, elle deviendrait de style dans les contrats de constitution, et la loi de Louis XI, qui est une loi si sage et si salutaire, serait toujours éludée.

CHAPITRE VI.

Comment s'établit le droit de rente constituée à prix d'argent: et si une rente, dans le doute, est présumée telle.

§ I. COMMENT S'ÉTABLIT LE DROIT DE RENTE CONSTITUÉE A PRIX D'ARGENT.

147. Pour établir le droit de rente constituée dont on se prétend créancier d'une personne, il n'est pas toujours nécessaire de rapporter le titre primordial, c'est-à-dire, l'acte par lequel la rente a été constituée, qu'on appelle *le contrat de constitution*.

Au défaut du contrat de constitution, qui est le titre primordial, le droit peut s'établir par les titres recognitifs, c'est-à-dire, par les actes de reconnaissance et des déclarations d'hypothèque qu'on ont passés les héritiers du débiteur, ou les tiers détenteurs des héritages qui y sont hypothéqués.

148. Il faut, à cet égard, faire la distinction que nous avons faite d'après Dumoulin, en notre Traité des obligations, *part.* 4, *chap.* 1, *art.* 4, entre les actes de reconnaissance que cet auteur, *in Cons. Par.* § 8, *n.* 88 *et suiv.*, appelle *ex certâ scientiâ*, *in formâ specioli et dispositivâ*, et ceux qu'il appelle *in formâ communi*.

Les reconnaissances *ex certâ scientiâ*, sont celles dans lesquelles la teneur du contrat de constitution est exprimée. Elles sont appelées *ex certâ scientiâ*, parce que le reconnaissant est présumé avoir eu une parfaite connaissance du titre, puisque la teneur en est exprimée par l'acte de reconnaissance; et en conséquence, il est censé s'être obligé précisément, purement et simplement à la prestation de la rente, comme ayant une pleine connaissance qu'il en était débiteur. C'est pourquoi ces reconnaissances sont aussi appelées *in formâ specioli et dispositivâ*.

Une reconnaissance de cette espèce, quoiqu'unique, fait, au défaut du titre primordial, contre le reconnaissant et ses héritiers, une pleine foi de la rente, telle qu'il l'a reconnue; et elle suffit pour établir le droit de celui qui s'en prétend créancier, contre le reconnaissant et ses héritiers, pourvu que le reconnaissant soit une personne majeure, et qui ait la disposition de ses droits.

Le reconnaissant, qui prétendrait qu'il y a erreur dans la reconnaissance qu'il a passée, peut seulement exiger que le créancier rapporte le titre primordial, qui est le contrat de constitution, ou qu'il se purge par serment qu'il ne l'a pas, et qu'il ne le retient ni directement ni indirectement.

149. Ces reconnaissances, quand même il y en aurait plusieurs, ne font foi de ce qui y est contenu, qu'à défaut du titre primordial, c'est-à-dire, du contrat de constitution. S'il était rapporté et qu'il parût que les reconnaissances renferment quelque chose de plus que ce qui est porté par le contrat de constitution, soit pour la quantité de la rente, soit pour les conditions, ce qu'il y a de plus doit être censé s'être glissé par erreur dans ces reconnaissances; et quelque anciennes qu'elles soient, elles n'o-

bligent point à ce plus celui qui les a passées; il doit même avoir la répétition de ce qu'il justifierait par ses quittances avoir payé de plus que ce qui est porté par le contrat de constitution depuis trente ans. La raison est qu'il est de la nature de ces actes, que celui, qui les passe, est censé n'avoir d'autre intention que de confirmer les obligations portées par le titre primordial, et non d'en contracter de nouvelles : *Fidem de eo facit; non tamen illud in aliquo auget vel extendit; sed ad illud commensuratur, ad ejus fines et limites restringitur; Molin. d. n.* 88. *Non interponuntur*, dit ailleurs Dumoulin, *in Cons. Par.* § 18, *gl.* 1, *n.* 19, *animo faciendæ novæ obligationis, sed solùm animo recognoscendi; undè simplex titulus novus non est dispositorius.*

150. Au contraire, lorsque ces reconnaissances contiennent moins que ce qui est porté par le contrat de constitution, s'il y en a plusieurs conformes, acceptées par le créancier, et qu'elles remontent à un temps de trente ans et plus, qui est le temps requis pour la prescription, le créancier ne peut exiger la rente que telle qu'elle est reconnue par ces reconnaissances, la prescription étant acquise au débiteur contre lui pour le surplus de ce qui est porté par le contrat de constitution.

151. A l'égard des actes de reconnaissance de la seconde espèce, qu'on appelle *in formâ communi*, qui sont ceux par lesquels quelqu'un, en qualité d'héritier ou en qualité d'acquéreur d'un tel béritage, se charge de la prestation d'une telle rente, sans que la teneur du contrat de constitution y soit exprimée, ils ne font pas une pleine foi de la rente contre celui qui a passé l'acte; et un acte de cette espèce, s'il est unique, et que le créancier n'établisse pas son droit par d'autres, n'est pas suffisant pour obliger celui qui l'a passé à la prestation de la rente. La raison est que ne paraissant pas par cet acte, dans lequel la teneur du contrat de constitution n'est pas exprimée, que la partie ait eu une pleine connaissance de la rente, elle doit être censée ne s'en être chargée que *conditionaté*, dans la supposition que la rente prétendue est due, et autant seulement qu'il sera établi qu'elle est due.

C'est ce qu'enseigne Dumoulin, *n.* 88 : *Hoc interest inter confirmationem in formâ communi, et confirmationem ex certâ scientiâ; quòd illa tanquàm conditionalis et præsuppositiva non probet confirmatum; hæc tanquàm pura et certa fidem de eo facit.* Et plus bas : *Dicitur confirmatio facta in formâ communi quandò non exprimitur ad longum tenor confirmati; sed confirmans* (le reconnaissant) *se refert ad illud, sicut sine prævitate vel sicut justè et legitimè obtentum et possessum fuit, tunc non apparet confirmantem habere animum purè et simpliciter approbandi, sed solùm præsuppositivè et conditionaliter, si ità sit.*

152. Néanmoins, lorsque le créancier produit trois de ces reconnaissances ou un plus grand nombre, passées par des personnes qui se sont succédées l'une à l'autre, il est d'usage qu'elles fassent foi de la rente : deux même pourraient suffire, selon les circonstances, surtout lorsqu'étant passées à un temps éloigné l'une de l'autre, elles établissent une possession de trente ans, laquelle est par elle-même suffisante pour établir un droit de rente constituée, comme nous le verrons *infrà*.

153. Quelque précise et quelque détaillée que soit la reconnaissance de la rente par un acte qu'a fait celui qu'on en prétend le débiteur, cet acte seul ne fait une pleine foi de la rente contre lui, qu'autant que cet acte est par lui-même un acte de reconnaissance de la rente, et qui a été passé par celui qu'on en prétend débiteur, principalement pour la fin de reconnaître la rente et de s'y obliger. Mais si l'acte, qui contient la reconnaissance de la rente, n'a pas été fait principalement pour la fin de la reconnaître et de s'obliger à la continuer, mais pour une autre fin, et que ce ne soit qu'incidemment que cette reconnaissance s'y trouve, en ce cas, suivant la doctrine de Dumoulin, cet acte ne fait pas seul une pleine foi de la rente contre celui qui a fait, par cet acte, cette reconnaissance, au moins quant à l'effet que cet acte, *dans* le jugement du pétitoire, puisse être jugé suffisant pour le faire condamner à la continuer. C'est ce que Dumoulin établit en son *Traité de Usur.*, *quæst.* 20, *n.* 120, à l'égard d'une quittance qui aurait été donnée par le prétendu créancier de la rente à celui qu'on prétendrait le débiteur, par laquelle quittance il serait dit qu'un tel a payé la somme de tant pour tant d'années d'arrérages d'une rente perpétuelle de la somme de tant par chacun an, constituée au profit d'un tel, par contrat de constitution passé en tel temps. Quoique rien ne soit plus formel que cette reconnaissance contenue dans cette quittance, quoique la quittance, qui la contient, soit signée par celui qu'on en prétend être débiteur, néanmoins, suivant Dumoulin, cette quittance seule ne doit pas faire une pleine foi de la rente contre celui à qui elle a été donnée, à l'effet de l'obliger à la continuer à l'avenir, parce que l'acte n'ayant pas été fait pour la fin de reconnaître la rente, et de s'y obliger pour l'avenir, mais seulement pour constater le paiement qu'on avait fait des arrérages, cet acte ne fait foi de la rente que pour le fait du paiement des arrérages dont on a donné quittance par cet acte, à l'effet seulement que celui, qui les a payés, ne puisse

répéter par l'action *condictio indebiti* la somme qu'il a payée, ou du moins à l'effet de rejeter sur lui la charge de prouver que cette somme n'était pas due, mais non à l'effet de l'obliger pour l'avenir. C'est ce qu'il exprime par ces termes énergiques : *Quin actus solutionis non est ordinatus ad hunc finem... Hæc confessio est perfunctoria, incidens et minùs deliberata, non propter se, nec ad finem præjudicandi perpetuò, sed solùm ad finem præjudicandi super isto actu momentaneæ confessionis.* On peut bien, dit encore Dumoulin, tirer du paiement que cette personne a fait, et de la reconnaissance qu'elle a laissé insérer dans la quittance, la conséquence que cette personne croyait effectivement devoir cette rente, lorsqu'elle en a payé les arrérages, et qu'elle croyait qu'elle avait été constituée de la manière dont elle a souffert qu'on l'exprimât par la quittance; mais on n'en doit pas conclure qu'elle ait voulu la reconnaître et s'y obliger pour l'avenir. Il a pu lui être survenu d'autres connaissances qui l'aient détrompée de la croyance en laquelle elle était, lorsqu'elle a payé les arrérages de cette rente : elle peut donc justement refuser de continuer cette rente.

Au reste, on ne peut disconvenir qu'une quittance, qui contient une pareille reconnaissance, si elle ne fait seule une pleine foi de la rente, par les raisons ci-dessus rapportées, au moins elle ne doive beaucoup contribuer à en établir la preuve, lorsqu'elle est jointe à d'autres documens.

154. Une telle quittance, quoiqu'elle ne soit pas suffisante pour établir au pétitoire et définitivement le droit de rente, soit constituée, soit de quelque autre nature qu'elle soit prétendue, est néanmoins suffisante au possessoire pour faire accorder par provision, et pour faire condamner par provision celui contre qui on produit cette quittance, à continuer la rente jusqu'au jugement définitif. C'est la doctrine de Dumoulin, *quæst.* 20, *n.* 209 : *Non negamus quin vel ex unâ causatâ solutione constituatur recipiens in quasi possessione juris enuntiati.* C'est pourquoi, en ce cas, comme il est dit peu après, celui qui se prétend créancier de la rente, *est in suâ quasi possessione tuendus, sed* (à moins qu'il n'établisse son droit d'ailleurs) *in petitorio succumbet, et adversarius absolvetur.*

155. Remarquez qu'à cet égard la contestation au pétitoire, entre deux parties qui se disputent la propriété d'un héritage, en même d'une rente dont l'existence n'est pas contestée, et que le débiteur convient devoir à l'une des deux parties qui se la disputent, est différente de la contestation qui est au pétitoire dans cette espèce, dans laquelle c'est l'existence même de la rente qui est contestée contre celui qui s'en prétend le créancier, et celui qui disconvient d'en être débiteur.

Dans la première espèce, celui, qui a été une fois reconnu possesseur de l'héritage ou de la rente dont la propriété est contestée, n'a plus rien à prouver dans la cause sur le pétitoire. Pour qu'il obtienne au pétitoire, et que la chose lui demeure, il suffit que son adversaire ne justifie pas que l'héritage ou la rente, qui est en contestation, lui appartient. La raison est, qu'y ayant dans cette espèce un héritage ou une rente dont l'existence n'est pas contestée, il faut que quelqu'un soit réputé le propriétaire, *ne dominia rerum sint in incerto;* et, dans le doute, celui, qui s'en trouve le possesseur, doit en être présumé le propriétaire plutôt qu'aucun autre.

Au contraire, lorsque la contestation au pétitoire est sur l'existence même du droit entre celui qui s'en prétend le créancier, et celui qui disconvient d'être débiteur, comme dans notre espèce, il faut que celui, qui prétend ce droit, en justifie pleinement l'existence, quoiqu'il ait déjà, sur quelque commencement de preuve, obtenu la provision; sinon en doit donner congé de sa demande, et il doit être condamné à la restitution des arrérages qui lui ont été payés par provision pendant le procès.

156. A l'égard de ceux qui lui ont été payés volontairement avant le procès, celui, qui les a payés, n'en a pas la répétition, à moins qu'il ne justifie que la rente n'était pas due, *putà*, en rapportant un acte d'amortissement qui en aurait été fait avant le paiement qu'il a fait des arrérages : faute de cela, le paiement volontaire qu'il a fait, forme contre lui une présomption, qui n'est pas à la vérité suffisante pour faire présumer la rente due pour l'avenir, et pour l'obliger à la continuer, mais qui suffit pour faire présumer dû ce qu'il en a payé, et pour lui en faire dénier la répétition.

C'est ce qu'enseigne Dumoulin, *d. quæst.* 20, *n.* 210 : *Ipsa simplex solutio, quantumcunquè causata, probat reditum enuntiatum deberi, quantùm ad effectum solutionis, ut non possit repeti; sed non probat pro cæteris solutionibus, ut creditor exigere possit.*

157. Quelquefois le droit de rente constituée s'établit, même au pétitoire, sans le titre primitif, et sans aucunes déclarations d'hypothèque, par le rapport de simples actes probatoires de la prestation des arrérages. Il faut, à cet égard, distinguer trois cas. Le premier cas est lorsque celui, qui se prétend créancier de la rente, justifie d'une prestation des arrérages qui lui en a été faite par celui qu'il prétend en être le débiteur, ou par ses auteurs, pendant un temps de dix ans et plus, qui ne va pas néanmoins jusqu'à trente.

Cette prestation pendant dix ans et plus, n'est pas à la vérité suffisante pour faire acquérir le droit de rente par prescription à celui à qui les arrérages en ont été payés; mais elle suffit, suivant la doctrine de Dumoulin, pour établir, même au pétitoire, une présomption que la rente est due à celui qui en a reçu les arrérages pendant ledit temps, si celui, qui les a payés, ne justifie le contraire, *putà*, en rapportant l'acte d'amortissement qui en aurait été fait : *Constituto de præstationibus causatis*, dit Dumoulin, *d. quæst.* 20, *n.* 206, *sufficiunt decem continuorum annorum præstationes.... Adverte tamen diligenter... quòd nullus est hoc casu præscriptioni locus contra ipsum debitorem, sed benè contra tertium creditorem; sed est hoc casu legalis duntaxat præsumptio tituli, quæ veritati cedit, si probetur.*

Cette décision de Dumoulin est fondée sur la loi 6, *princ.* et § 1, ff. *de usur.*, où il est dit que la prestation des intérêts faite *longo tempore*, fait présumer la dette de la somme principale. Or, ce qu'on appelle en droit *longum tempus*, c'est dix ans, à la différence de celui de trente ans, qui est appelé *longissimum tempus*. Elle est aussi fondée sur la loi *litibus, Cod. de Agric. et cens.* Les décisions de ces lois étant un droit purement arbitraire, auquel nous ne sommes pas assujettis dans ces provinces, la présomption résultante d'une prestation des arrérages pendant dix ans souffre difficulté, quoique Dumoulin la juge comme suffisante pour établir au pétitoire la rente.

158. Le second cas est lorsque celui, qui se prétend créancier de la rente, justifie de la prestation des arrérages qui lui en a été faite pendant trente années et plus, par une personne majeure, ou par ses auteurs aussi majeurs. Cette prestation opère contre celui qui a payé les arrérages pendant un aussi long temps, non comme dans le cas précédent, une simple présomption que la rente est due, non une présomption qui peut se détruire par des preuves contraires, mais un droit de prescription, qui donne à celui à qui on a payé les arrérages pendant ce temps, un droit de propriété de la rente dont il a joui, et dont il a reçu les arrérages pendant ce temps.

Contre cette prescription, on n'admet plus la question si la rente dont on payait les arrérages était effectivement due ou non; car quand même la rente, dont on a payé les arrérages, n'aurait pas existé, la prescription peut lui donner l'existence. Je puis, comme nous l'avons observé en notre introduction sur le titre 14 de la Coutume d'Orléans, *n.* 8, non seulement acquérir par la prescription des rentes et autres droits qui existaient et qui appartenaient à d'autres personnes, lorsque j'en ai joui pendant le temps de trente ans, mais je puis encore acquérir des rentes ou autres droits qui ne doivent leur existence qu'à la prescription, lorsque j'en ai été servi pendant ledit temps.

C'est la différence qu'établit Dumoulin entre ce cas-ci et le précédent, au lieu déjà ci-dessus cité, où, après avoir parlé de la prestation de dix ans, et de la présomption qui en résulte, et qui peut être détruite par une preuve contraire, il ajoute : *Secùs dico, si essent præstationes causatæ tanquàm de reditu perpetuo continuatæ per triginta annos à majore, et sic per longissimum tempus; quia tunc creditor allegare potest etiam se usucepisse; id est non solùm probationem seu præsumptionem, sed juris novi acquisitionem; et sic non debet ampliùs admitti debitori ad probandum de errore, vel de indebito, vel de alio præterito vitio, etc.*

Suivant ces principes, quand même le débiteur, qui a payé les arrérages pendant le temps requis pour la prescription, rapporterait un acte de remboursement de la rente qui en aurait été fait anciennement par ses auteurs, il ne devrait pas moins être condamné à continuer la rente dont il a payé les arrérages; car la prescription, qui résulte de ce paiement continué pendant le temps requis, a formé une rente. Il suffit, pour cela, qu'il soit possible que, depuis l'acte de remboursement qui est rapporté, il ait été constitué une autre rente pareille entre les mêmes parties.

159. Dumoulin, après avoir dit que la prescription empêche le débiteur d'être reçu à la preuve *de indebito, vel de alio præterito vitio*, ajoute de suite, *nisi vellet probare de vitio usurario* : car c'est un principe qu'il établit, *quæst.* 17, que le vice de l'usure ne peut se couvrir par quelque temps que ce soit, non seulement par le temps de la prescription de trente ans, mais pas même par le temps de cent ans ou de deux cents ans; et bien loin que le long temps, pendant lequel une rente usuraire a été payée, en puisse purger le vice, il ne sert qu'à l'augmenter : *Quantò magis illicitum fœnus continuatur*, dit Dumoulin, *tantò peccatum gravius est, et sic nunquàm purgatur, sed magis augetur tempore. Cap. fin. extr. de consuetud.* C'est pourquoi, quand même le créancier produirait une nombreuse quantité de quittances uniformes, qui remonteraient à plus de trente ans, et même de cent ans, et qui porteraient qu'un tel a reçu d'un tel la somme de tant pour arrérages d'une rente perpétuelle constituée en tel temps, au profit d'un tel, par un tel; si le débiteur produit le contrat de constitution de la rente énoncée par les quittances, et qu'il paraisse, par le contrat, que la rente a été constituée à un taux illicite, ou sans aliéna-

tion du principal ; en ce cas, bien loin que la prestation des arrérages de cette rente puisse servir de fondement au créancier à qui ils ont été payés, pour en demander la continuation, au contraire, le débiteur sera fondé à imputer sur le principal tous les arrérages qu'il justifiera en avoir été payés, et à répéter ce qui aurait été payé, au moins depuis trente ans, au-delà du principal. C'est un des cas de cette maxime de droit, que le défaut de titre vaut mieux qu'un titre vicieux : *Melius est non habere titulum, quàm habere vitiosum*. Car lorsqu'il n'y a aucun titre de droit de rente que je demande, la prescription peut donner l'existence à ce droit de rente, parce qu'il est possible que cette rente, que je demande, ait été constituée à mon profit, ou au profit de mes auteurs; mais lorsque le titre de la rente que je demande est rapporté, et qu'il se trouve infecté d'un vice d'usure, je ne puis rien opposer contre ce vice.

160. Pour que le créancier puisse, par les quittances qu'il produit, établir soit la prestation de dix ans de la rente qu'il demande, qui, selon Dumoulin, forme une présomption qu'elle est due, soit celle de trente ans, qui forme la prescription ; il faut, suivant l'expression de Dumoulin, qu'elles soient *causatæ tanquàm de reditu perpetuo ;* c'est-à-dire, il faut qu'elles portent que la somme a été payée pour arrérages d'une rente perpétuelle : sans cela, quand même ces quittances seraient toutes uniformes et d'une même somme tous les ans, ces quittances n'étant point causées, ne peuvent établir la prestation des arrérages de la rente que le créancier demande. Les sommes portées par ces quittances ayant pu être par lui reçues pour toute autre cause, soit pour cause d'une libéralité qu'on lui faisait, soit, si vous voulez, pour paiement d'arrérages d'une rente, mais d'une rente qui pouvait n'être qu'une rente viagère ou temporelle, et qui a pu être éteinte, ou par la mort de la personne sur la tête de qui elle était créée, ou par l'expiration du temps qu'elle devait durer. C'est ce qu'établit Dumoulin, *quæst.* 20, *n.* 205 *et* 206.

161. Il n'est pas néanmoins absolument nécessaire que la cause soit exprimée dans toutes les quittances qu'on a produites, et que chacune d'elles porte que la somme a été reçue en paiement d'arrérages de tant de rente perpétuelle. Lorsque cette cause est exprimée dans plusieurs de ces quittances, surtout dans les plus anciennes, on peut, selon les circonstances, la sous-entendre dans les autres où l'on a omis de l'exprimer. C'est ce qu'enseigne Dumoulin, *quæst.* 20, *n.* 211 : *Licèt causa non appareat specificata, et repetita in singulis præstationibus decem continuorum annorum ; si tamen ex validis conjecturis colligi possit debitorem ex illâ duntaxat causâ semper solvisse, et eamdem causam tacitè repetitam vel subintellectam fuisse, satis est.*

162. Il est encore moins nécessaire que le titre de la rente soit relaté dans ces quittances, *putà*, qu'il soit dit que la somme a été reçue pour arrérages d'une telle rente, constituée au profit d'un tel, par un tel, en tel temps; il suffit qu'il soit dit, en général, que la somme a été reçue pour arrérages d'une rente perpétuelle. C'est encore ce qu'enseigne Dumoulin; *d. n.* 211 : Il suffit, dit-il, *quòd præstatio sit facta et continuata expressim jure obligationis perpetuæ, sive tanquàm reditus annuus et perpetuus debitus à solvente, etiamsi nunquàm dicatur quo titulo.*

163. Ces quittances, par lesquelles le créancier établit la prestation qui lui a été faite des arrérages de la rente qu'il demande, ne peuvent guère être que des quittances passées devant notaires, dont le créancier aurait eu la précaution de faire rester minute. Celles, qui ont été données, ou sous la signature privée du créancier, ou même pardevant notaires en brevet, étant en la possession du débiteur, le débiteur, à qui on demande la continuation de la rente, ne les produira pas contre lui. Néanmoins si, après la mort du débiteur, il s'était trouvé parmi les papiers de sa succession une longue suite de ces quittances, et que cela fût constaté par l'inventaire des papiers, dans lesquels on les aurait comprises, ou que, par quelque autre événement que ce fût, il fût constaté que cette longue suite de quittances s'est trouvée en la possession du débiteur, elle pourrait servir au créancier à établir la preuve de la prestation qui lui a été faite des arrérages.

164. Cette prestation d'arrérages, lorsque la rente est prétendue par une communauté ou par un hôpital, dont les comptes se rendent devant le juge, pourrait peut-être s'établir par lesdits comptes, dans lesquels les paiemens, qui ont été faits des arrérages de cette rente, se trouvent portés en recette ; car il n'est pas vraisemblable que le receveur en eût compté et s'en fût chargé, s'il ne les eût effectivement reçus. C'est la jurisprudence du châtelet d'Orléans, qui me paraît raisonnable, et qui n'est pas néanmoins sans difficulté.

165. Lorsque le créancier, au défaut du titre primordial, et de déclaration d'hypothèque, établit par des quittances une prestation des arrérages de la rente qu'il demande, et qui remonte à cent ans ou plus, il n'est pas douteux que cette possession immémoriale, en laquelle il est de percevoir les arrérages de la rente qu'il demande, établit son droit, puisque la seule

prestation de trente ans est suffisante pour l'établir. La seule différence que Dumoulin, *ibid.*, *n.* 206, observe entre ce cas-ci et le précédent, est que, dans celui-ci, il n'est pas nécessaire que les quittances expriment que la somme a été reçue pour paiement d'arrérages d'une rente perpétuelle; il suffit qu'elles soient uniformes d'une même somme dont le créancier ait donné quittance comme d'une somme qui lui était due, sans s'expliquer pour quelle cause : *Præstatio informis non probat... nisi fortè uniformiter continuatur ut debita à tempore immemoriali; quo casu non est necesse allegare vel probare aliam causam, quia tanti temporis observatio habet vim constituti.*

§ II. UNE RENTE, DANS LE DOUTE, EST-ELLE PRÉSUMÉE CONSTITUÉE A PRIX D'ARGENT ET RACHETABLE; ET SUR QUEL PIED?

166. C'est une question, si, lorsqu'on ignore la nature d'une rente, elle doit être présumée constituée à prix d'argent, et si, en conséquence, le créancier est obligé d'en souffrir le rachat que le débiteur offre de faire. Dumoulin, *ibid.*, *quæst.* 20, *n.* 213, tient la négative. Ses raisons sont, 1° que les seules rentes constituées à prix d'argent étant rachetables de leur nature, et, au contraire, beaucoup d'autres espèces de rentes ne pouvant être rachetées, telles que sont celles créées par bail d'héritage, ou pour retour de partage ou d'échange, ou pour cause de donation, de legs, de dot, etc., il n'y a pas lieu de présumer que la rente, dont le débiteur offre le rachat, soit précisément de l'espèce des rentes constituées à prix d'argent, plutôt que de toutes les autres espèces. 2° C'est celui qui est obligé de mettre quelque chose en fait pour le fondement de sa prétention, qui est chargé de la preuve du fait qu'il a avancé, suivant cette règle, *Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat*; *l.* 2, ff. *de probat.* C'est donc au débiteur, qui, pour fondement du droit qu'il prétend avoir de racheter la rente, allègue qu'elle est constituée à prix d'argent, à prouver ce fait qu'il avance. 3° Personne, de droit commun, n'étant obligé de se défaire de ce qui lui appartient, un créancier ne doit pas être obligé à souffrir le rachat de la rente qui lui appartient, si on ne lui justifie qu'elle est rachetable. Nonobstant ces raisons, l'opinion contraire a prévalu, et les juges décident aujourd'hui qu'une rente, dans le doute, doit être présumée constituée à prix d'argent, et qu'en conséquence le débiteur doit être admis à la racheter, à moins que le créancier ne justifie qu'elle est d'une autre nature. Les raisons de cette opinion sont, 1° que, dans le doute sur la nature d'un droit, on doit le réputer de la nature qui est la moins onéreuse au débiteur, et qui tend le plus à sa libération, suivant cette règle de droit, *Semper in obscuris quod minimum est sequimur*; *l.* 9, ff. *de reg. jur*; et suivant cette autre, *Propensiores esse debemus ad liberationem*; *l.* 47, ff. *de oblig. et act.* Or il suit de ce principe, que les rentes constituées à prix d'argent, par la faculté du rachat à perpétuité qu'elles renferment, étant celles qui sont les moins onéreuses au débiteur, et qui tendent le plus à sa libération, elles doivent, dans le doute, être présumées de cette nature. 2° Les rentes constituées à prix d'argent sont les plus communes, et il y en a beaucoup plus de cette espèce, qu'il n'y en a des autres espèces; c'est encore une raison qui vient à l'appui de la précédente, pour faire présumer rente constituée à prix d'argent celle dont on ignore la nature. 3° Cette opinion doit d'autant plus être embrassée qu'elle exclut les fraudes des créanciers de rentes constituées, qui, pour empêcher les débiteurs d'en faire le rachat qu'ils ont droit d'en faire, cacheraient les titres de leurs rentes, et par là mettraient les débiteurs dans l'impossibilité de faire le rachat qu'ils ont droit d'en faire, faute de pouvoir justifier que la rente est constituée à prix d'argent; ces débiteurs n'ayant pas les titres qui le justifient, et ignorant souvent, lorsque la rente est ancienne, où ils ont été passés. 4° Quand même le créancier serait de bonne foi, et qu'il n'aurait pas effectivement pardevers lui les titres de la rente, c'est sa faute de ce qu'il ne les a pas, il doit se l'imputer, le débiteur n'en doit pas souffrir, et être par là exclus du rachat de la rente qu'il peut avoir droit de faire, faute de rapporter des titres qui ne doivent pas être en sa possession, mais en celle du créancier.

167. Notre décision souffre exception, 1° à l'égard des rentes en grains et autres espèces : car ayant été défendu, par édit de 1565, de constituer à prix d'argent des rentes en grains ou autres espèces; ayant même été ordonné par cette loi, que celles qui avaient été par le passé créées en grains ou autres espèces, seraient converties en rentes de sommes d'argent, de manière que, depuis cette loi, il ne peut plus y avoir de rentes en grains et autres espèces qui aient été constituées à prix d'argent; c'est une conséquence que les rentes, qui sont aujourd'hui dues en grains ou autres espèces, ne puissent être présumées constituées à prix d'argent, ni par conséquent rachetables.

Notre décision souffre une seconde exception à l'égard des rentes qui sont plus anciennes que le temps auquel les rentes constituées ont commencé d'être en usage en France. Il y a lieu de

croire qu'elles n'y ont été usitées qu'au seizième siècle ou vers le déclin du quinzième; car il paraît, par les décrétales *Regimini*, qu'au commencement du quinzième siècle, ce n'était qu'en Silésie, ou dans quelques autres provinces d'Allemagne, qu'elles étaient en usage.

168. Le créancier qui, pour se défendre du rachat de la rente qui lui est offert, oppose qu'elle n'est pas constituée à prix d'argent, *putò*, qu'elle est foncière et créée par bail d'héritage, peut, au défaut du titre primordial, justifier de la nature de la rente par des reconnaissances ou par d'autres documens.

Une seule, dans laquelle le titre de création de la rente serait relaté, me paraît suffisante contre le reconnaissant et ses héritiers; *putò*, s'il était dit qu'un tel a reconnu être débiteur d'une telle rente, créée par bail fait d'héritages en tel temps, par un tel à un tel; le reconnaissant, qui a laissé insérer cette énonciation dans sa reconnaissance, est présumé avoir eu connaissance du titre.

169. Elle ne fait pas pareillement foi contre les codébiteurs de ce reconnaissant, si une pareille énonciation ne se trouve pas dans les reconnaissances qu'ils ont passées, ou s'ils n'en ont pas passé; et le créancier, qui n'aurait que cette pièce à leur opposer, ne pourrait pas éviter le rachat de sa rente, si c'étaient eux qui le lui offrissent.

Elle ne fait même preuve contre le reconnaissant qu'autant qu'elle n'est pas contredite par d'autres titres.

170. Lorsque le titre de création n'est relaté dans aucune reconnaissance, et que la rente y est seulement qualifiée foncière, c'est une opinion assez commune, qu'il faut au moins trois reconnaissances pour justifier de la foncialité de la rente.

Cette opinion doit surtout avoir lieu, si l'on produisait plusieurs reconnaissances, et qu'il n'y en eût qu'une où la rente fût qualifiée de rente foncière; car, en ce cas, le silence des autres reconnaissances sur la qualité de la rente, atténuerait beaucoup la preuve résultante de la qualification de foncière qui lui a été donnée dans cette reconnaissance. Mais si la reconnaissance, dans laquelle la rente est qualifiée foncière, était la seule qui fût produite, la question souffrirait plus de difficulté.

Lorsque le créancier en produit plusieurs, et qu'elles donnent toutes à la rente la qualité de foncière, la foncialité est suffisamment justifiée.

Lorsqu'il en paraît plusieurs, dont les unes qualifient foncière la rente, les autres se taisent sur la qualité de la rente, soit en disant simplement que le reconnaissant se reconnaît débiteur d'une rente de tant, soit en disant qu'il se reconnaît débiteur d'une rente de tant, de la nature qu'elle est due; en ce cas, si les reconnaissances, dans lesquelles la rente est qualifiée foncière, sont les plus anciennes, le doute que les dernières, considérées seules et en elles-mêmes, laissaient sur la qualité de la rente, doit être levé par les anciennes où la qualité est exprimée; les anciennes étant passées dans un temps plus voisin de la création de la rente, les parties doivent être présumées en avoir eu la mémoire plus fraîche, et être plus instruites de la qualité de la rente.

Par la raison contraire, si ce sont les dernières reconnaissances qui donnent à la rente la qualité de foncière, le silence, que gardent les anciennes sur la qualité de la rente, doit rendre suspecte la qualité de foncière qui lui est donnée par les nouvelles.

171. Par la même raison, quoiqu'il ne paraisse aucunes reconnaissances de la rente, et qu'elle ne soit établie que par une longue prestation qui a été faite des arrérages, justifiée par les quittances qui en ont été données; si toutes ces quittances donnent à la rente la qualité de foncière, elles font preuve de la nature et de la foncialité de la rente, de même qu'elles font preuve de son existence. Si les unes donnent à cette rente la qualité de foncière, les autres se taisent sur sa qualité, on peut faire la même distinction que nous venons de faire à l'égard des reconnaissances.

172. La foncialité de la rente peut aussi s'établir par d'autres documens. Par exemple, si j'ai plusieurs reconnaissances d'une rente de 50 livres à prendre sur un tel héritage, qui ne la qualifient pas de rente foncière, et que je rapporte un ancien inventaire fait dans ma famille, dans lequel serait énoncé un bail à rente fait de cet héritage par un de mes ancêtres pour 50 livres de rente, je pense qu'il y a lieu, en ce cas, de présumer que la rente de 50 livres qui m'est due, est celle créée par le bail à rente énoncé par l'inventaire : car quoique cet inventaire soit un acte où les débiteurs de la rente n'étaient pas parties, il ne laisse pas, suivant les principes de Dumoulin, établis en notre Traité des obligations, *n.* 738, de prouver contre eux *rem ipsam*; c'est-à-dire il prouve qu'effectivement, au temps de cet inventaire, le bail à rente qui y est inventorié, s'est trouvé, et a été vu par le notaire qui a reçu l'acte, et par les témoins. Or ce bail inventorié, étant de la même somme de rente que celle dont je suis en possession, étant du même héritage sur lequel il est dit par mes reconnaissances que ma rente est à prendre, étant fait par un de mes ancêtres dont je suis l'héritier par moyen, il y a tout lieu d'en con-

clure que ma rente est la même que celle qui a été créée par ce bail, et par conséquent une rente foncière.

173. Il nous reste la question de savoir sur quel pied est rachetable une rente dont le créancier ne justifie pas la foncialité, lorsqu'on ignore pour quelle somme elle a été constituée. La règle, *semper in obscuris quod minimum est sequimur*, ci-dessus citée, doit servir à la décision de cette question. Suivant cette règle, on doit présumer que la rente a été constituée au taux du denier vingt, qui est le moindre prix pour lequel, depuis l'édit de 1665, on peut constituer les rentes, et par conséquent elle doit être rachetable sur ce pied.

S'il paraissait que la rente existait avant l'édit de 1665, qui a mis le taux des rentes au denier vingt, la rente devrait être rachetable sur le pied du taux qui avait lieu lors de la plus ancienne existence connue de la rente. Par exemple, si les titres et documens de la rente remontaient plus haut qu'à l'année 1665, temps de l'édit qui a mis le taux des rentes au denier vingt, et qu'elles ne remontassent pas néanmoins à un temps plus ancien que l'année 1634, temps de l'édit qui a mis le taux des rentes au denier dix-huit, la rente seroit rachetable sur le pied du denier dix-huit. S'ils remontaient plus haut qu'à ladite année, elle serait rachetable sur le pied du denier seize; et s'ils remontaient plus haut qu'à l'année 1601, temps de l'édit qui a fixé le taux au denier seize, je pense que la rente devrait être rachetable sur le pied du denier douze, quoique Dumoulin, *d. quæst.* 20, veuille qu'elle ne le soit que sur le pied du denier quinze.

Ce sentiment de Dumoulin pourrait être suivi, si l'on pouvait justifier qu'au temps auquel la constitution a été faite, le taux usité dans ce lieu était déjà celui du denier quinze, et que celui du denier douze, quoiqu'il ne fût pas encore abrogé par une loi, était déjà abrogé par l'usage : mais comment prouver cela?

CHAPITRE VII.

Des manières dont s'éteignent les rentes constituées.

174. Les rentes constituées s'éteignent par le rachat qu'en fait le débiteur, ou par la remise qu'en fait le créancier; par la novation, par la confusion. Elles sont aussi sujettes aux prescriptions ordinaires de trente et quarante ans, de même que tous les autres droits.

SECTION PREMIÈRE.

DU RACHAT DES RENTES CONSTITUÉES.

175. Le rachat est la manière la plus naturelle et la plus ordinaire dont s'éteignent les rentes constituées. Il est de leur essence que le débiteur ait toujours la faculté de le faire, comme nous l'avons vu *chap.* 2, *art.* 4.

Nous verrons sur ce rachat, dans un premier article, par qui il peut être fait; dans un second, à qui il peut être fait; dans un troisième, si le créancier de la rente peut être obligé à souffrir le rachat par parties, et quel est l'effet du rachat partiel; dans un quatrième, ce qui est requis pour être reçu au rachat. Enfin, dans un cinquième article, nous traiterons des différentes espèces de rachat.

ARTICLE PREMIER.

Par qui le rachat de la rente peut-il être fait?

176. Non seulement le débiteur lui-même ou ses héritiers peuvent obliger le créancier de la rente à en souffrir le rachat; tous ceux, qui sont tenus, de quelque manière que ce soit, de la rente, soit personnellement, comme cautions et garans de la solvabilité du débiteur, soit hypothécairement comme détenteurs de biens qui y sont hypothéqués, peuvent pareillement obliger le créancier à ce rachat, auquel ils ont intérêt; car cette faculté est inséparable de l'obligation de la rente constituée, et appartient à tous ceux qui sont tenus de cette obligation, de quelque manière qu'ils le soient : le créancier est même obligé à les subroger à tous ses droits, s'ils le requièrent; et il doit leur remettre la grosse de son contrat.

177. Il n'est pas même nécessaire, pour avoir le droit d'obliger le créancier d'une rente constituée à en souffrir le rachat, d'être tenu de cette rente. Un créancier hypothécaire débiteur de la rente, postérieur en hypothèque au créancier de ladite rente, a pareillement le droit de la racheter; il lui suffit pour cela qu'il ait intérêt au rachat et à la subrogation à ce droit d'hypothèque de l'ancien créancier pour assurer la sienne.

Ce créancier postérieur a même quelque chose de plus que ceux qui sont tenus personnellement ou hypothécairement de la rente : ceux-ci, en la rachetant, ne sont subrogés aux droits et ac-

tiens du créancier que lorsqu'ils ont requis expressément la subrogation : au lieu que le créancier postérieur en hypothèque, qui, en sa qualité de créancier hypothécaire, rachète la rente due au créancier antérieur, lui est subrogé de plein droit, quand même il n'aurait pas requis expressément la subrogation. La raison est, que ce créancier postérieur n'étant aucunement tenu de cette rente, le rachat qu'il en a fait ne peut paraître être fait pour une autre fin que pour être subrogé à l'hypothèque de ce créancier qui faisait obstacle à la sienne.

Sur ce droit qu'a un créancier hypothécaire postérieur de payer le créancier antérieur, pour être subrogé en son lieu, voyez la loi 20, ff. *qui pot.*; les lois 1, 5, *Cod. dict. tit.*; *l.* 4, *Cod. his qui in prior*; *l.* 22, *Cod. de Pign. et hypothec. et passim.*

178. Ce n'est que pour assurer la créance et le gage du créancier postérieur, que les lois lui permettent de rembourser celui qui le précède. Il suit de là que le créancier antérieur peut éviter le rachat de sa rente qui lui est offert par le créancier postérieur, en mettant ce créancier postérieur hors d'intérêt, et en offrant pour cela à ce créancier postérieur de lui racheter la rente qui lui est due.

Quand même le créancier postérieur n'aurait pas offert à l'antérieur le rachat de sa rente, le créancier antérieur peut racheter la rente due au créancier postérieur; car le créancier postérieur ayant le droit, suivant notre jurisprudence française, de saisir réellement les héritages du débiteur, le créancier antérieur, pour la sûreté de son hypothèque, a intérêt de racheter la rente du créancier postérieur, pour l'empêcher de consommer en frais le gage par une saisie réelle.

179. Le créancier étant obligé de recevoir de toutes ces personnes le rachat de la rente, et de les subroger en tous ses droits, c'est une conséquence qu'il soit pareillement tenu de leur remettre, en ce cas, la grosse de son contrat, pour qu'elles puissent les exercer contre le débiteur, et les autres qui sont tenus de la rente.

180. A l'égard des personnes étrangères qui n'ont pas d'intérêt au rachat de la rente, elles peuvent bien, en cas de poursuites faites par le créancier de la rente contre le débiteur, offrir pour le débiteur au créancier les arrérages pour lesquels les poursuites sont faites, et l'obliger à les recevoir; mais elles ne peuvent pas l'obliger à recevoir le rachat de la rente, si ce n'est qu'elles voulussent le faire pour en décharger le débiteur et éteindre la rente, et non pour la faire revivre à leur profit.

Observez qu'en ce cas la grosse du contrat doit être rendue au débiteur de la rente, et non à ces personnes qui en font le rachat pour lui, à moins qu'elles n'eussent pouvoir pour cela du débiteur. Voyez *Molin.*, *quæst.* 45.

181. Un créancier sans hypothèque ne diffère pas ordinairement, à cet égard, des autres personnes étrangères; il ne peut pas plus qu'elles obliger le créancier à recevoir le rachat de la rente, et à le subroger en ses droits; car on ne peut pas dire, comme à l'égard d'un créancier hypothécaire, qu'il a intérêt à ce rachat, *ut confirmet suum pignus*, puisqu'on le suppose créancier chirographaire et sans hypothèque.

Il y a, néanmoins, un cas auquel il peut obliger le créancier à recevoir le rachat de sa rente et à le subroger; c'est celui auquel le créancier chirographaire ne pourrait exiger sa dette qu'au bout d'un long terme accordé au débiteur commun, pendant lequel il y aurait lieu de craindre que les arrérages de la rente due à l'autre créancier ne s'accumulassent, et n'absorbassent tellement le bien du débiteur commun, qu'il ne restât plus de quoi payer ce créancier chirographaire. Il est évident qu'en ce cas il a grand intérêt au rachat de la rente pour la conservation de sa dette; c'est pourquoi il est de l'équité qu'il puisse y obliger le créancier. *Molin.*, *quæst.* 48.

Ces questions, à l'égard du créancier chirographaire, sont plus théoriques que pratiques; car, dans notre droit français, un créancier chirographaire peut, quand il veut, devenir créancier hypothécaire, en faisant prononcer en justice la reconnaissance de l'acte sous signature privée de sa créance; et en le faisant, il fait cesser ces questions.

ARTICLE II.

A qui le rachat de la rente doit-il être fait?

182. Le rachat ou remboursement de la rente, pour qu'il soit valable et qu'il l'éteigne, ne peut être fait qu'au créancier de la rente, qui a la libre disposition de ses droits, ou à quelqu'un qui ait pouvoir de lui.

183. Si c'est un mineur ou un interdit, le rachat doit être fait à son tuteur ou à son curateur. Lorsque c'est une femme sous puissance de mari, il est évident que le rachat ou remboursement de la rente ne peut lui être fait, à moins qu'elle ne soit autorisée à cet effet, et qu'elle n'ait pouvoir de son mari. Mais c'était une question de savoir si le rachat d'une rente propre de la femme pouvait être valablement fait au mari seul, sans que la femme y intervînt. La raison de douter est, que le rachat contient une aliénation; sur ce fondement, quelques arrêts ont jugé nécessaire la présence de la femme, le mari ne pouvant pas sans elle aliéner ses propres. Néanmoins, le sentiment le plus commun est que le

rachat fait au mari, quoique hors de la présence, et sans l'intervention et le consentement de sa femme, est valable; et j'apprends qu'il a été confirmé par un arrêt rendu *consultis classibus*. La raison est, que cette aliénation ne pouvant être empêchée par la femme, pour quelque cause que ce soit, et les deniers du rachat devant être remis au mari, la femme ne peut avoir aucun intérêt d'être présente au rachat : ce rachat est donc un acte qui ne passe pas les bornes de l'administration des propres de la femme, administration qui est confiée au mari. *Introduction au titre X de la Coutume d'Orléans*, *n.* 115.

184. Quoique la femme soit séparée de biens, elle ne peut recevoir le rachat de sa rente propre, sans l'autorisation de son mari, qui a intérêt de veiller à l'emploi des deniers du rachat, les biens de la femme devant répondre des charges du mariage. Si le mari refuse de l'autoriser, elle doit l'être par le juge, qui doit ordonner le dépôt des deniers entre les mains du débiteur ou d'un notaire, jusqu'à ce qu'on ait trouvé un emploi.

185. Le rachat des rentes dues à des corps en communautés, fabriques, hôpitaux, peut se faire à ceux qui ont l'administration des biens desdits corps, communautés, fabriques et hôpitaux.

186. Lorsque la propriété de la rente appartient à une personne, et l'usufruit à une autre, qui a fait connaître au débiteur de la rente son droit d'usufruit, le débiteur de la rente doit faire le remboursement de la rente au propriétaire, et y appeler l'usufruitier. Faute de l'y appeler, il ne serait pas libéré de la rente envers l'usufruitier, qui pourrait exiger du débiteur la continuation de la rente, pendant tout le temps que doit durer son usufruit; sauf au débiteur son recours contre le propriétaire pour en être acquitté.

187. Pareillement, lorsqu'un créancier du créancier de la rente en a arrêté le fonds entre les mains du débiteur, le débiteur n'en peut faire le remboursement au créancier propriétaire de la rente, qu'en appelant à l'acte de remboursement l'arrêtant; faute de quoi, la rente, quoique remboursée et éteinte, serait censée subsister à l'égard de cet arrêtant, et pourrait être par lui saisie réellement.

L'usufruitier et le créancier appelés au remboursement de la rente, peuvent arrêter les deniers, pour rester entre les mains, soit du notaire, soit du débiteur, par forme de dépôt, jusqu'à ce qu'il s'en fasse un emploi en quelque béritage ou rente qui sera sujet aux mêmes droits, soit d'usufruit, soit d'hypothèque, auxquels était sujette la rente qui a été remboursée.

188. Il n'est pas besoin d'appeler au remboursement les créanciers hypothécaires du propriétaire de la rente, lorsqu'ils n'en ont pas arrêté le fonds entre les mains du débiteur : le rachat, qui en est fait, en éteignant la rente, éteint aussi leur hypothèque, qui s'éteint *rei obligatæ interitu*. Nous n'en dirons pas davantage : ce que nous avons dit en notre Traité des obligations, part. 3, chap. 1, art. 2, *de ceux à qui le paiement doit être fait*, reçoit application au remboursement des rentes : la matière y a été amplement traitée; nous y renvoyons.

ARTICLE III.

Si le créancier de la rente peut être obligé à souffrir le rachat de la rente par parties; et de l'effet du rachat partiel.

§ I. SI LE CRÉANCIER PEUT ÊTRE OBLIGÉ A SOUFFRIR LE RACHAT PAR PARTIES.

189. Il est de l'essence des rentes constituées, que le rachat puisse toujours s'en faire; mais il doit se faire pour le total : le créancier n'est pas obligé à souffrir le rachat pour partie, s'il n'y a consenti, soit par une clause du contrat de constitution, soit par une convention intervenue depuis. *Voyez* ce que nous avons dit sur ces conventions, *chap.* 4, § 3.

190. Quoique la rente, par la mort du débiteur qui l'a constituée, ait été divisée entre ses héritiers, et que chacun d'eux ne soit personnellement tenu de la payer et continuer que pour sa part héréditaire; néanmoins chacun de ces héritiers ne peut obliger le créancier à en souffrir le rachat, si ce n'est pour le total. L'obligation de payer les arrérages de la rente échus, et ceux qui écherront jusqu'au rachat, se divise, à la vérité, entre les héritiers du débiteur, qui, ne succédant aux droits et obligations du défunt que pour la part qu'ils ont en sa succession, ne peuvent être tenus que pour cette part de cette obligation. Mais il n'en est pas de même du principal de la rente; car le principal n'est pas proprement dû : il n'est pas *in obligatione*, il n'est que *in facultate luitionis et redemptionis;* il ne se divise donc pas entre les héritiers du débiteur, comme se divisent les obligations. C'est pourquoi Dumoulin, *tract. de divid. et individ.*, *p.* 3, *n.* 23, comprend, parmi les différentes espèces d'indivisibilité, la faculté de rachat. La raison est, que, par la division qui se fait entre les héritiers du débiteur de la rente, il ne se fait pas plusieurs rentes; il n'y a toujours qu'une rente, dont chacun des héritiers du débiteur est tenu pour sa part; et nonobstant la division de l'obligation de la rente, cette rente conserve sa nature et ses qualités résultantes de sa constitution : ayant été créée

sous la faculté de rachat, par le remboursement du total de la somme pour laquelle elle a été constituée, la qualité de cette rente est d'être rachetable, à la vérité, mais seulement par le remboursement de toute la somme pour laquelle elle a été constituée; et elle conserve cette qualité, nonobstant la division qui s'est faite : car ce n'est que l'obligation de payer la rente qui s'est divisée; mais la rente ne peut souffrir de division dans sa nature et dans ses qualités. Ajoutez que le rachat d'une rente constituée est la résolution du contrat de constitution. Or, Dumoulin, *Tract. de divid. et individ.*, *p.* 2, *n.* 209, rapporte, entre les différentes espèces d'indivisibilité, la résolution des actes en ce sens, qu'on n'est pas obligé de la souffrir pour partie. *Follerus*, en son Traité *du Cont. Cens.*, qui est dans la grande collection de Venise, *tom.* 6, *part.* 11, *feuille* 151, *verso*, est d'avis contraire; et il pense qu'un héritier pour partie peut obliger le créancier à souffrir le rachat pour sa part, à moins qu'il n'y ait clause expresse qu'il ne pourra le faire que pour le total : il convient, d'ailleurs, que l'opinion commune est contraire à la sienne; et il n'en donne d'autre raison, sinon que le créancier n'en souffre pas de préjudice. Mais il est évident que cette raison est fausse, et qu'un créancier, suivant la situation de ses affaires, peut souvent avoir intérêt de ne recevoir le remboursement de sa rente qu'en une seule fois, plutôt que de le recevoir en différens temps par parties.

Il en serait autrement, si la rente avait été divisée de la part du créancier qui aurait laissé plusieurs héritiers. L'un de ces héritiers, à qui l'on offre le rachat de la rente pour la part qui lui appartient, n'ayant aucun intérêt qu'elle soit aussi rachetée pour les parts de ses cohéritiers, ne peut pas refuser le rachat de sa part, tant qu'il n'est propriétaire de la rente que pour cette part. Mais si, en faisant l'acquisition des parts de ses cohéritiers, il devenait propriétaire de la rente pour le total, il ne serait plus obligé d'en souffrir le rachat que pour le total. Voyez *le Traité des obligations*, *part.* 2, *ch.* 4, *art.* 2, § 5.

191. Lorsque, par un même contrat, je compte à plusieurs une somme d'argent qu'ils partagent entre eux, et pour laquelle ils me constituent une rente chacun pour leur part; quoique cela se fasse par un même contrat, j'acquiers autant de rentes qu'il y a de débiteurs, et chacun peut racheter la sienne sans racheter les autres. Voyez *le Traité des obligations*, *ibid.*

192. Le créancier d'une rente ne peut, à la vérité, être obligé de recevoir pour partie le remboursement du principal qui lui serait offert par l'un des héritiers du débiteur, quoique cet héritier soit débiteur pour partie de cette rente : mais lorsque le principal devient exigible par le fait de l'un de ses débiteurs, *putà*, par sa faillite, il ne le devient que pour la part dont ce débiteur est tenu; et le créancier de la rente ne peut en exiger le principal et les arrérages que pour cette part : car ce n'est que la faculté qu'a le débiteur d'obliger le créancier au rachat, qui est quelque chose d'indivisible; l'obligation de la rente, tant en arrérages qu'en principal, dans le cas auquel le principal devient exigible, est une obligation divisible, de même que toutes les autres obligations qui ont pour objet une somme d'argent, ou quelque autre chose de divisible; et par conséquent le principal ne peut être exigé d'un débiteur pour partie de la rente, que pour la part dont il est tenu de cette rente.

§ II. DE L'EFFET DU RACHAT PARTIEL.

193. Le rachat d'une rente constituée qui est fait pour une partie, soit que le créancier ait bien voulu le permettre par grâce, soit que telle fût la loi portée par le contrat de constitution, éteint la rente pour cette partie seulement; la rente subsiste pour le surplus telle qu'elle était.

Suivant ce principe, lorsque la rente était due par quatre débiteurs solidaires, et que le créancier a bien voulu permettre que l'un d'eux lui en fît le rachat pour un quart, la rente est éteinte pour le quart, et continue de subsister pour le surplus. C'est pourquoi le débiteur, qui a fait le rachat du quart, étant supposé débiteur solidaire, ne laisse pas d'être tenu de ce surplus solidairement avec ses codébiteurs, sauf son recours contre eux pour l'en acquitter, à moins que le créancier, en recevant le rachat, ne l'en eût déchargé.

194. De là naît la question de savoir quand le créancier est censé l'en avoir déchargé. Cette question se décide suivant les principes établis en notre Traité des obligations, *n.* 277. Si la quittance porte expressément que le créancier a reçu d'un tel la somme de tant pour le rachat de *sa part*, ou pour le rachat *du quart dont ledit tel est tenu de telle rente*, en ce cas le créancier est censé l'avoir déchargé du surplus, suivant la décision de la loi *Si creditores*, 18, *Cod. de pact.*, à moins qu'il ne se fût expressément, par ladite quittance, réservé la solidité. Mais si la quittance porte seulement que le créancier a reçu d'un tel la somme de tant *pour le rachat du quart de la rente*, le créancier n'est pas censé, en ce cas, l'avoir déchargé de la solidité. *Voyez* la raison de la différence en notre Traité des obligations, *loco citato*.

195. De là naît une autre question, si le

créancier, qui a permis à l'un des débiteurs de racheter la rente pour sa part, est censé l'avoir permis pareillement aux autres. Il faut tenir la négative, suivant les principes établis en notre Traité des obligations, *n.* 278.

ARTICLE IV.

De ce qui est requis pour être reçu au rachat de la rente.

196. Le débiteur de la rente ne peut être reçu au rachat, qu'il ne paie avec le principal tous les arrérages qui en sont dus, et qui ont couru jusqu'au jour du rachat; car les arrérages d'une rente constituée sont *ad instar* des intérêts qui sont dus d'une somme principale, lorsqu'il est permis d'en stipuler. Or il est de la nature des intérêts (à l'exception des intérêts moratoires) qu'ils doivent être payés avant le principal; et c'est pour cette raison que l'imputation de ce qui est payé se fait sur les intérêts, avant que de se faire sur le principal, comme nous l'avons vu en notre Traité des obligations, *n.* 570, quoiqu'il fût plus avantageux au débiteur qu'elle se fît sur le prix principal.

197. Lorsque, par une clause du contrat, la rente est rachetable en deux paiemens, suffit-il au débiteur, pour être reçu au rachat de la moitié de la rente, de payer les arrérages de cette moitié? Je pense qu'il n'y doit être reçu qu'à la charge de payer tous les arrérages du total de la rente : car, quoique cette rente soit rachetable en deux paiemens, ce ne sont pas deux rentes qui sont dues; il n'en est dû qu'une, dont les arrérages, suivant le principe ci-dessus, doivent être acquittés avant qu'on entame le capital. Le débiteur ne peut pas être reçu à sommer le créancier de satisfaire à l'obligation qu'il a contractée par la loi du contrat, de recevoir le rachat de la rente qui lui est offert, tant que le débiteur n'est pas prêt de son côté à s'acquitter des siennes, et qu'il n'offre pas le paiement de tous les arrérages dont il est débiteur.

Il en serait de même, si c'était un étranger qui offrît le rachat de cette portion, pour en faire donation au débiteur; car faisant ce rachat pour le débiteur, et en sa place, il doit être tenu aux mêmes choses que lui.

198. Il en serait autrement, si celui, qui offre le rachat de la moitié de la rente, qui, suivant la loi du contrat, est rachetable par parties, n'en était débiteur que pour cette moitié; *putà,* s'il était héritier pour moitié de celui qui l'a constituée. Il doit suffire, en ce cas, qu'il paie les arrérages de la moitié de la rente dont il offre le rachat : n'en étant débiteur que pour cette moitié, il remplit toutes ses obligations, et le créancier ne peut être fondé à exiger de lui le paiement des arrérages de l'autre moitié dont il n'est pas débiteur, et dont il ne fait pas le rachat.

199. Lorsque la rente est rachetable en un seul paiement, cet héritier, qui n'est débiteur que pour moitié de la rente, doit-il être reçu au rachat du total, lorsqu'il offre de payer les arrérages pour la moitié seulement dont il est tenu? La raison de douter est, que n'étant débiteur des arrérages que pour cette moitié, il remplit toutes ses obligations en les payant pour cette moitié. La réponse est, qu'il s'ensuit seulement qu'il n'est pas tenu à davantage, tant qu'il ne veut pas faire le rachat de la rente; mais lorsqu'il veut faire ce rachat, il doit payer tous les arrérages : car étant, comme nous l'avons établi ci-dessus, de la nature des arrérages qu'ils doivent être acquittés avant le principal, le créancier ne peut être obligé à recevoir le rachat du total de la rente, sans en recevoir tous les arrérages.

ARTICLE V.

Des différentes espèces de rachat.

200. Le rachat d'une rente constituée peut se faire, 1° par le remboursement ou paiement du principal; 2° par la consignation après les offres, lorsque le créancier a été refusant de recevoir; 3° par la compensation que le débiteur peut offrir au créancier, de ce que le créancier lui doit.

§ I. DU REMBOURSEMENT OU PAIEMENT RÉEL.

201. Le rachat de la rente se fait en payant et remboursant au créancier le principal de la rente, c'est-à-dire, la somme qu'il a payée pour le prix de la constitution. Pour que ce paiement ou remboursement opère le rachat et l'extinction de la rente, il faut qu'il soit valable; et, suivant les principes établis en notre Traité des obligations, *n.* 495 *et* 540, il ne peut l'être, s'il n'a pas transféré au créancier la propriété des deniers qui lui ont été donnés en paiement.

C'est pourquoi, si le débiteur de la rente en fait le remboursement avec des deniers qui ne lui appartiennent pas, sans le consentement de celui à qui ils appartiennent, le débiteur n'ayant pu, en ce cas, en transférer la propriété au créancier qui les a reçus, le paiement n'est pas valable, et ne peut opérer le rachat et l'extinction de la rente, qui, nonobstant un tel remboursement, continuera de courir. Mais si, depuis, le créancier avait de bonne foi employé ces deniers qui ont été payés, le paiement devenant, en ce cas, valable *per consumptionem bonâ fide factam quæ reconciliavit solutionem,* Traité des obligations, *n.* 497, la rente serait

éteinte et cesserait de courir du jour que le créancier aurait employé les deniers qui lui ont été payés.

202. *Quid*, si le remboursement avait été fait avec les propres deniers du créancier? *Finge*. Le débiteur d'une rente, qui avait chez lui un sac d'argent appartenant au créancier qui le lui avait donné en dépôt ou à son père, prend cet argent pour faire le remboursement de la rente qu'il doit à son créancier qui le reçoit, ignorant que ce soit le sien qu'il a mis en dépôt chez son débiteur; et il donne quittance de la rente en principal et arrérages. Il semble que, dans ce cas, on doit dire indistinctement, que le remboursement qui a été fait au créancier ne pouvant être valable, puisqu'il n'a pas pu lui transférer la propriété d'un argent qui était déjà à lui, ni rien d'équipollent, il n'a pu opérer le rachat et l'extinction de la rente, qui, nonobstant ce remboursement, a dû continuer de courir. Nous avons déjà décidé, *suprà*, qu'un contrat de constitution de rente était nul, lorsque le paiement du prix de la constitution avait été fait au constituant avec de l'argent qui lui appartenait, sans qu'il pût, en ce cas, devenir valable *per consumptionem pecuniæ*; il semble que, par la même raison, le rachat doit être nul, lorsqu'il a été fait au créancier avec de l'argent qui lui appartenait. Dumoulin, qui traite au long cette question, *Tract. de usur., quæst.* 44, nonobstant ces raisons qu'il allègue comme raisons de douter, use d'une distinction. Il convient que lorsque ce remboursement a été fait de mauvaise foi par le débiteur, qui avait connaissance que l'argent dont il s'est servi pour le faire appartenait au créancier, les raisons ci-dessus alléguées militent; et qu'il n'est pas douteux, en ce cas, que, sans avoir égard au remboursement, qui doit être déclaré nul, on doit juger que la rente a toujours continué de courir, soit que l'argent, que le créancier a reçu, soit encore chez lui, soit qu'il l'ait employé. Mais lorsque le remboursement a été fait de bonne foi, *putà*, si le débiteur, qui l'a fait, n'étant pas celui à qui le créancier de la rente a mis le sac en dépôt, mais seulement l'héritier du dépositaire, a ignoré que cet argent fût un dépôt, et a cru de bonne foi qu'il dépendait de la succession; Dumoulin pense qu'en ce cas, le remboursement, qui a été fait avec de l'argent qui appartenait au créancier de la rente, doit être réputé comme fait avec l'argent du débiteur, en conservant au créancier son action pour la répétition de la somme par lui déposée, et qu'en conséquence le remboursement doit opérer le rachat et l'extinction de la rente.

La raison est, qu'un office d'ami ne doit causer aucun préjudice à celui qui le rend, ni à ses héritiers : *Officium suum nemini debet esse damnosum*. Or, si l'on décidait que le remboursement fait par le débiteur avec les deniers du créancier, que le débiteur ignorait avoir été mis en dépôt, n'a pas éteint la rente, il se trouverait que le dépôt, qui est un office d'ami que le dépositaire a rendu, aurait causé un très grand préjudice à l'héritier du dépositaire débiteur de la rente, par l'erreur dans laquelle il l'a induit : car ce débiteur, qui aurait pu faire le remboursement de la rente avec son propre argent, s'il eût su que celui, avec lequel il l'a fait, fût un dépôt qui appartenait au créancier, se trouverait souffrir un grand préjudice de la continuation du cours de la rente contre lui à son insu, et sans qu'il pût s'en libérer, ayant un juste sujet de la croire éteinte. Au contraire, le créancier, à qui le remboursement a été fait, ne souffre aucun préjudice de la validité accordée à ce remboursement, lorsqu'on lui conserve son action pour la répétition de la somme qu'il a déposée; car il lui est indifférent, lorsqu'il jugera à propos de redemander son dépôt, qu'on lui rende les mêmes espèces qu'il a déposées, ou qu'on lui en rende d'autres. Ces questions sont plus théoriques que pratiques, comme il a été observé *suprà*.

§ II. DE LA CONSIGNATION.

203. Lorsque le créancier refuse de recevoir la somme qui lui est offerte pour le rachat de la rente qui lui est due, le débiteur ou autre qui a le droit de faire ce rachat, peut lui faire sommation, à personne ou domicile, de recevoir la somme à laquelle montent, tant le principal de la rente que tous les arrérages qui en sont dus, et qui ont couru jusques et compris le jour de la sommation : après la sommation, il peut consigner cette somme, et la consignation qu'il en fait opère ce rachat et l'extinction de la rente, de même que l'aurait opéré le remboursement et paiement réel : car c'est une maxime que la consignation équipolle au paiement : *obsignatio pro solutione est*. Voyez, sur la consignation, notre Traité des obligations, *part.* 3, *chap.* 1, *art.* 8. Tout ce que nous y avons dit peut recevoir ici son application.

§ III. DU RACHAT QUI SE FAIT PAR COMPENSATION.

204. Le rachat d'une rente constituée peut se faire aussi par compensation, lorsque le débiteur de la rente est devenu lui-même créancier d'une somme d'argent exigible du créancier. Mais cette compensation ne se fait pas de plein droit, et la rente n'est pas éteinte dès l'instant que le débiteur de la rente est devenu créancier de son créancier, comme le serait une dette exigible;

elle n'opère le rachat et l'extinction de la rente que du jour que le débiteur de la rente a déclaré au créancier qu'il entendait racheter la rente, et à cet effet compenser le principal de cette rente à pareille somme que lui doit ce créancier : jusqu'à cette déclaration, les arrérages de la rente courent toujours. La raison est, que le principal d'une rente que je dois, étant *in facultate luitionis et solutionis* plutôt qu'*in obligatione*, et par conséquent n'étant proprement dû qu'autant et lorsque je voudrai racheter la rente, la compensation ne peut pas s'en faire plus tôt. C'est la première différence entre cette compensation et celle des dettes exigibles.

205. Une seconde différence est que si, étant votre débiteur d'une somme exigible, je deviens en même temps votre créancier, quoique la somme, dont je suis devenu votre créancier, soit moindre que celle dont j'étais votre débiteur, la compensation ne laisse pas de se faire, et d'éteindre la dette jusqu'à due concurrence. Mais si je suis votre débiteur d'une rente constituée, et que je sois depuis devenu créancier d'une somme exigible, je ne pourrai vous opposer cette somme en compensation du principal de la rente, à moins qu'elle n'égale celle qui doit vous être remboursée pour le rachat entier de la rente, ou que je n'offre de suppléer le paiement réel de ce qui s'en manque.

206. Ce que nous venons de dire du débiteur de la rente s'étend à tous ceux qui ont droit de la racheter; ils peuvent en faire le rachat en déclarant au créancier de la rente qu'ils entendent la racheter, et à cet effet compenser ce qui doit lui être remboursé, avec ce qu'il leur doit.

207. Le débiteur de la rente peut bien obliger le créancier de la rente à recevoir en compensation du principal de la rente une somme exigible que le créancier de la rente lui doit; mais si le créancier de la rente était devenu débiteur envers lui d'un autre principal de rente, il ne pourrait être obligé à souffrir malgré lui la compensation; car n'étant pas obligé à payer ce principal qui n'est pas exigible, il n'est pas obligé à le compenser; il se fera seulement compensation des arrérages tant que les rentes appartiendront à l'un et à l'autre.

§ IV. DES OFFRES DE REMBOURSER.

208. A défaut de remboursement, soit réel, soit par compensation, le rachat de la rente ne peut s'accomplir que par la consignation; les offres réelles qui ont été faites au créancier de lui rembourser la rente en principal et arrérages, n'opèrent pas le rachat de la rente, et ne l'éteignent pas.

209. Mais quoique ces offres n'éteignent pas la rente, elles arrêtent, du jour de la sommation dûment faite, le cours des arrérages, selon ce qu'enseigne Dumoulin, *Tract. de usur., quæst.* 39. La raison est, qu'autrement le créancier profiterait, au préjudice du débiteur, du refus injuste qu'il lui a fait de recevoir le remboursement de la rente qu'il était obligé de recevoir, ce qui serait injuste. Quoique la rente n'ait pas été effectivement éteinte et amortie dès le jour des offres; comme c'est par son fait et par la demeure injuste en laquelle il a été de recevoir, qu'elle ne l'a pas été, on doit la regarder, par rapport à lui, comme amortie dès ce jour, et en conséquence les arrérages doivent dès ce jour cesser de courir, suivant cette règle : *In omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium mora fit quominùs fiat; l.* 39, *ff. de reg. jur.*

210. Il y a plus de difficulté, lorsque les offres de remboursement de la rente ont été faites peu après la mort du créancier, à son héritier qui a demandé un délai pour chercher les titres de la rente, et s'instruire si elle était rachetable; car on ne peut pas dire proprement que cet héritier du créancier soit, en ce cas, en demeure. Néanmoins Dumoulin, *quæst.* 42, décide que, même en ce cas, les arrérages doivent cesser. La raison est, qu'étant de la nature des rentes constituées, que le débiteur ait toujours la faculté de la faire cesser par le rachat qu'il offrira de faire, quelque juste que soit le délai que l'héritier du créancier demande, ce délai ne doit pas préjudicier au débiteur, et prolonger le cours des arrérages au-delà du temps de ses offres.

211. Si le créancier laissait un héritier mineur dépourvu de tuteur, ou une succession vacante, la protestation que ferait le débiteur de la rente, qu'il est prêt à rembourser le principal, et même la consignation qu'il en ferait, n'arrêterait pas le cours des arrérages; car cette rente doit durer jusqu'à ce que le débiteur en fasse ou offre le rachat au créancier, ou à quelqu'un qui le représente. C'est pourquoi le débiteur doit, en ce cas, faire pourvoir de tuteur à l'héritier mineur, ou de curateur et administrateur à la succession vacante, et les arrérages ne cesseront de courir jusqu'au rachat ou offres de rachat qu'il fera à ce tuteur ou curateur; *Molin., quæst.* 40, *n.* 310. Si néanmoins, depuis que le débiteur de la rente s'est mis en devoir de faire nommer un tuteur à l'héritier du créancier, les chicanes de la famille ont retardé la nomination pendant un temps considérable, comme d'un ou deux termes, ce débiteur n'en doit pas souffrir, et il doit être déchargé des arrérages du jour qu'il s'est mis en devoir de faire nommer un tuteur. *Molin., ibid.*

212. Ce que nous avons dit jusqu'ici, que les

offres réelles faites au créancier de la rente de le rembourser en principal et arrérages, arrêtent le cours des arrérages, n'a lieu que lorsqu'elles ont été suivies, ou de consignation, ou de poursuites faites contre le créancier à qui elles ont été faites pour y faire statuer. Mais si le débiteur, après avoir fait ces offres, loin de consigner, est resté dans le silence sans poursuivre le créancier, il est censé, on n'avoir pas fait des offres sérieuses, on les avoir abandonnées; et les offres, en ce cas, sont sans effet, et n'ont pu arrêter le cours des arrérages. Il en est de même, si le débiteur, qui n'a pas consigné, après avoir commencé quelques poursuites sur sa sommation, les a cessées.

SECTION II.

Des autres manières dont peuvent s'éteindre les rentes.

213. Les rentes constituées peuvent s'éteindre de toutes les manières par lesquelles les autres dettes s'éteignent.

1° Par la remise que le créancier de la rente en fait au débiteur; 2° par la novation; 3° par la confusion. Ce que nous avons dit en notre Traité des obligations, *part.* 3, *chap.* 2, 3 *et* 5, reçoit ici application.

Les débiteurs des rentes constituées peuvent opposer les fins de non recevoir et les prescriptions de trente ou quarante ans qu'un peut opposer contre les autres dettes : sur quoi voyez *notre Traité des obligations, part.* 3, *chap.* 8.

214. Une rente, quoique constituée avec un assignat spécial sur un certain héritage, ne s'éteint aucunement par la destruction, soit partielle, soit même totale de cet héritage. La raison est qu'une rente, quoique constituée à prix d'argent, quoiqu'avec assignat sur un certain héritage, n'est plus aujourd'hui regardée comme un droit foncier dans cet héritage, mais comme une créance personnelle résultante de l'obligation que le constituant a contractée de payer la rente, et que l'assignat n'est regardé que comme un droit d'hypothèque spécial, droit accessoire à la rente, sans lequel la rente peut subsister.

CHAPITRE VIII.

Des rentes viagères.

215. Les rentes viagères sont celles dont la durée est bornée au temps de la vie d'une ou de plusieurs personnes.

Elles se constituent de différentes manières : par donation entre vifs, par testament, par contrats intéressés, comme lorsque quelqu'un vend un héritage ou quelque autre chose, *putà*, un fonds de boutique, une pratique de procureur, à la charge d'une rente viagère que l'acquéreur s'oblige de lui payer. Elles se constituent aussi à prix d'argent, comme les rentes perpétuelles. C'est particulièrement du contrat de constitution de rente viagère à prix d'argent que nous nous proposons de traiter ici. On peut définir ce contrat, un contrat par lequel l'un des contractans vend à l'autre une rente annuelle, et dont la durée est bornée à la vie d'une ou de plusieurs personnes, de laquelle rente il se constitue envers lui le débiteur pour une certaine somme qu'il reçoit pour le prix de la constitution.

Nous verrons, dans un premier article, quelle est la nature de ce contrat; dans un second, en quoi il diffère du contrat de constitution de rente perpétuelle, sur les conditions requises pour la validité de la constitution; nous traiterons, dans le troisième, des personnes entre lesquelles peut se passer ce contrat; dans un quatrième, nous verrons comment se passe ce contrat, et des clauses qui y peuvent être apposées; dans un cinquième, nous traiterons de la nature de ces rentes; dans le sixième, de leur prestation; dans le septième, de la manière dont elles s'éteignent.

ARTICLE PREMIER.

De la nature du contrat de constitution de rente viagère, et en quoi il diffère du contrat de constitution de rente perpétuelle.

216. Le contrat de constitution de rente viagère, lorsque la rente excède le prix légitime des intérêts de l'argent, est, de même que le contrat de rente perpétuelle, une espèce de contrat de vente, par lequel vous me vendez une rente viagère, dont vous vous constituez débiteur pour le prix d'une certaine somme d'argent que vous recevez de moi.

217. Ce contrat, de même que le contrat ordinaire de vente, est du nombre des contrats intéressés de part et d'autre, et dans lesquels chacune des parties entend recevoir l'équivalent

de ce qu'elle donne, soit en quelque chose de réel, soit en risque ou en espérance; car, dans ce contrat, le constituant reçoit la somme qui lui est payée pour l'équivalent de la rente dont il se constitue le débiteur envers l'autre contractant; et celui-ci reçoit cette rente comme l'équivalent de l'argent qu'il paie pour l'acquérir. Observez qu'il faut, pour cela, que cette rente excède assez l'intérêt légitime de l'argent, pour qu'elle puisse être réputée le prix et l'équivalent, non seulement de la jouissance, mais du fonds même de cet argent, qui doit demeurer à toujours au constituant.

218. Ce contrat est du nombre des contrats aléatoires; car, lorsque la personne, sur la tête de qui la rente a été constituée, meurt peu après le contrat, le constituant a donné en équivalent de la somme qu'il a reçue pour le prix de la constitution, le risque qu'il a couru de payer long-temps la rente, si cette personne eût vécu long-temps; et, *vice versâ*, lorsque la rente ayant duré trop long-temps, celui, à qui la rente a été constituée, a reçu beaucoup plus que le principal et les intérêts de la somme qu'il a donnée pour le prix de la constitution, il est censé avoir reçu cet excédant, comme l'équivalent du risque qu'il a couru de perdre cette somme, si lui, ou un autre sur la tête de qui la rente a été constituée, fût mort peu après le contrat.

219. Lorsque la rente n'excède pas l'intérêt légitime de l'argent, le contrat est censé renfermer une donation qui est faite au constituant de la somme d'argent qu'il reçoit, sous la réserve de la jouissance pendant le temps que doit durer la rente, pour le prix de laquelle jouissance le constituant s'oblige à payer la rente.

220. Cette donation étant d'une somme de deniers, elle reçoit toute sa perfection et sa consommation par la tradition réelle des deniers qui est faite lors du contrat : il n'est pas besoin que l'acte soit conçu dans la forme des donations, ni qu'il soit insinué; une donation de deniers, lorsqu'il y a tradition réelle de deniers, pouvant se faire même sans qu'il en soit passé aucun acte. La constitution de rente n'est pas la donation même, mais la charge sous laquelle le don a été fait au constituant, et l'acte ne se passe que pour la preuve de cette charge.

221. Le contrat de constitution de rente viagère, non seulement lorsqu'il ne renferme qu'une donation, mais même lorsqu'il renferme une vente, est, de même que le contrat de constitution de rente perpétuelle, un contrat réel, qui n'est parfait que par le paiement de la somme convenue pour le prix de la constitution. Ce n'est que du jour du paiement de cette somme que l'obligation du constituant est contractée, et que la rente commence à courir.

222. Ce contrat est, de même que le contrat de constitution de rente perpétuelle, un contrat unilatéral, n'y ayant que le constituant qui s'oblige par ce contrat.

223. Les contrats de constitution de rente viagère peuvent se faire sur la tête d'une ou de plusieurs personnes.

Ces rentes, ordinairement, se constituent sur la tête de celle des parties contractantes au profit de qui la constitution est faite : elles se constituent, néanmoins, quelquefois sur la tête d'une autre personne. C'est pourquoi on doit distinguer, dans le contrat, la personne à qui la rente est constituée, et celle sur la tête de qui elle est constituée; car, quoiqu'ordinairement ce soit la même personne, ce sont quelquefois des personnes différentes.

224. Il est évident qu'il est de l'essence du contrat de constitution de rente viagère, qu'il y ait une personne sur la tête de laquelle la rente soit constituée. C'est pourquoi, si vous m'avez constitué une rente viagère sur la tête de mon fils, dont j'ignorais la mort, pour une certaine somme que je vous ai payée pour le prix de la constitution, le contrat de constitution est nul de plein droit; en ce cas, j'aurai la répétition de la somme que je vous ai payée, *condictione sine causâ*.

225. *Quid*, si, lors du contrat, la personne, sur la tête de qui la rente a été constituée était vivante, à la vérité, mais dangereusement malade d'une maladie ignorée des parties lors du contrat, et dont cette personne est morte peu après? Le contrat sera nul par une autre raison, qui est que, suivant les principes établis en notre Traité des obligations, *n.* 18, l'erreur annule le contrat, lorsqu'elle tombe sur la qualité substantielle de la chose que les contractans ont eue principalement en vue; comme lorsqu'on a vendu pour des chandeliers d'argent des chandeliers qui n'étaient qu'argentés. Or, dans le cas proposé, l'erreur des parties contractantes est de cette espèce; car la rente que le constituant se proposait de vendre, et que l'autre partie se proposait d'acheter, était une rente sur la tête d'une personne en santé, et de qualité à pouvoir avoir une durée un peu considérable, et non une rente sur la tête d'un moribond, qui ne pouvait durer, qui n'était d'aucune valeur, et dont un n'aurait pas osé proposer l'acquisition, si on eût eu connaissance de la maladie.

226. Lorsque la rente est constituée sur la tête d'une autre personne que celle au profit de qui elle est constituée, la personne, sur la tête de qui elle est constituée, n'acquiert aucun droit par le contrat; non seulement elle n'a pas droit d'en exiger les arrérages, elle n'a pas même de qualité pour les recevoir, et le paiement, qui

lui en serait fait, ne serait pas valable : elle n'est désignée au contrat uniquement que pour régler la durée de la rente sur celle de sa vie.

C'est pourquoi il n'importe quelle soit la personne sur la tête de qui la rente est constituée; elle peut l'être même sur la tête d'une personne qui aurait perdu l'état civil, soit par la profession religieuse, soit par une condamnation au bannissement perpétuel, ou autre peine capitale. Il n'y aurait même aucune répugnance que la rente fût constituée sur la tête du constituant qui s'oblige par ce contrat.

227. Enfin, il est de l'essence de ce contrat, de même que d'un contrat de constitution de rente perpétuelle, que l'acquéreur de la rente aliène l'argent qu'il a payé pour le prix de la constitution, et qu'il ne puisse le répéter du constituant.

Il aliène même bien plus parfaitement que l'acquéreur d'une rente perpétuelle; car celui-ci, quoiqu'il ne puisse exiger cet argent, conserve néanmoins l'espérance de le recouvrer du constituant, ou des successeurs à l'obligation du constituant, qui ne peuvent jamais être quittes de la rente qu'en le remboursant. au lieu que l'acquéreur d'une rente viagère n'a pas même d'espérance que le prix de l'argent, qu'il a payé pour le prix de la constitution, lui soit jamais rendu par le constituant ou ses successeurs, lesquels, sans le rembourser, doivent être un jour quittes de la rente par la mort de la personne sur la tête de qui elle est constituée.

228. Quoique l'acquéreur d'une rente, soit perpétuelle, soit viagère, ne puisse pas ordinairement répéter la somme qu'il a payée pour le prix de la constitution; néanmoins il le peut en certains cas, savoir, lorsque le constituant ne satisfait pas aux conditions sous lesquelles la constitution a été faite. Par exemple, si, par le contrat, il s'est engagé de donner incessamment une caution pour la prestation de la rente, et qu'il n'en donne pas; s'il s'est engagé d'employer l'argent qu'il a reçu pour le prix de la constitution, au paiement du prix de l'acquisition de quelque héritage, ou au paiement de ce qu'il devait à quelque ancien créancier, pour procurer à l'acquéreur de la rente la subrogation aux droits et hypothèques du vendeur ou de l'ancien créancier; et qu'il ait manqué à faire cet emploi, et à procurer à l'acquéreur de la rente la subrogation : pareillement si la déclaration qu'il a faite que les biens, qu'il hypothéquait à la prestation de la rente, n'étaient pas sujets à d'autres hypothèques, se trouve fausse. Dans tous ces cas, faute par le constituant d'exécuter les conditions du contrat, l'acquéreur de la rente peut demander la résolution du contrat, et répéter la somme qu'il a payée.

Tout ce que nous avons dit à cet égard touchant les constitutions de rentes perpétuelles, reçoit application aux constitutions de rentes viagères.

229. Observez, néanmoins, deux choses à cet égard, qui sont particulières au contrat de constitution de rente viagère. La première est que, dans le cas d'inexécution des conditions du contrat, si, avant que l'acquéreur s'en soit plaint, et qu'il ait donné la demande à fin de résolution du contrat et de restitution de la somme, la rente vient à s'éteindre par la mort de la personne sur la tête de qui elle était constituée, l'acquéreur et ses héritiers ne sont plus recevables à s'en plaindre, n'ayant plus d'intérêt à l'exécution de ces conditions, puisque la rente ne subsiste plus. Il faut dire la même chose, quand même l'acquéreur aurait donné la demande, et conclu à la résolution du contrat, si la mort, qui doit éteindre la rente, arrive avant que le juge ait statué sur la demande, et ait prononcé la résolution du contrat. La raison est que la résolution du contrat ne se fait pas de plein droit par l'inexécution des conditions; il faut qu'elle soit ordonnée par le juge : jusque-là le constituant est admis à purger sa demeure, et peut, en satisfaisant aux conditions et offrant les dépens, se faire renvoyer de la demande. Par la même raison, il peut s'en faire renvoyer lorsque la mort a éteint la rente avant que la résolution du contrat ait été ordonnée; car l'acquéreur n'ayant plus d'intérêt à l'exécution des clauses, ne peut plus persister à demander la résolution du contrat, faute d'exécution desdites clauses.

230. La seconde chose, qui est à observer, est que lorsque la rente viagère est plus forte que l'intérêt légitime de l'argent, les arrérages, en ce qu'ils excèdent ce taux, étant le prix du risque de gagner ou de perdre que courent les parties, la rente doit, du jour que la résolution du contrat a été ordonnée par un jugement qui n'a point été suspendu par appel, cesser de courir sur le pied qu'elle a été constituée; elle ne doit plus courir, depuis le jugement, que sur le pied du denier vingt; car dès que le constituant est condamné, le risque est cessé : l'acquéreur ne peut donc plus en percevoir le prix; il ne peut plus demander que le dédommagement de la privation de la jouissance de son argent, c'est-à-dire, les arrérages au taux du denier vingt, qui est le prix le plus cher de la jouissance de l'argent.

A l'égard des arrérages qui ont couru jusqu'au jour de la résolution du contrat, ils sont dus à l'acquéreur tels qu'ils ont été convenus; car ils sont le prix du risque, et le risque a eu lieu jusqu'à la résolution du contrat.

231. Il y a encore une différence entre la rente perpétuelle et la rente viagère. Lorsqu'un héritage hypothéqué à une rente est vendu par décret, le créancier hypothécaire d'une rente perpétuelle, qui a formé opposition au décret, et qui se trouve en ordre d'hypothèque pour recevoir, a toujours droit d'exiger la somme entière qu'il a payée pour acquérir la rente, et qui en fait le principal. Il n'en est pas de même d'une rente viagère; comme ces rentes n'ont pas de principal, et que leur valeur diminue beaucoup par le temps, à mesure que la personne, sur la tête de qui la rente est créée, devient plus âgée ou plus infirme, le créancier de cette rente ne peut pas toujours exiger toute la somme qu'il a payée pour l'acquérir, mais seulement celle qui, au temps de la confection de l'ordre, sera estimée suffisante pour acquérir à ce créancier une rente viagère de pareille somme.

Si le créancier de la rente viagère ne se contente pas de cette somme, il peut demander que les créanciers derniers recevans, qui seront colloqués en ordre après lui, soient tenus de faire sur les deniers qu'ils auront à recevoir, un emploi qui produise un revenu suffisant pour répondre de la rente viagère tant qu'elle durera, si mieux ils n'aiment se charger eux-mêmes de la payer, et de donner pour cet effet bonne et suffisante caution.

232. Enfin, observez une dernière différence sur cette matière entre les rentes perpétuelles et les viagères, qui est que la caution d'une rente perpétuelle peut poursuivre le débiteur au bout d'un certain temps, pour lui en rapporter décharge; au contraire ceux, qui se sont rendus cautions pour une rente viagère, ne peuvent obliger le débiteur à les décharger de ce cautionnement tant que la rente dure; parce qu'étant de la nature de ces rentes de n'être pas rachetables, et de ne pouvoir s'éteindre que par la mort des personnes sur la tête desquelles elles sont créées, la caution, en subissant le cautionnement, a dû s'attendre à demeurer obligée pendant tout ce temps.

ARTICLE II.

De la différence du contrat de constitution de rente viagère, et du contrat de constitution de rente perpétuelle, sur les conditions requises pour la validité du contrat.

233. Le contrat de constitution de rente viagère n'est pas assujetti aux mêmes conditions que le contrat de constitution de rente perpétuelle.

1° Le contrat de constitution de rente perpétuelle ne peut se faire que sous la faculté de rachat ; au contraire, par le contrat de constitution de rente viagère, le constituant n'a pas cette faculté; *arrêt du 15 mars 1720, rapporté au septième tome du Journal des Audiences.*

234. 2° Il y a un taux réglé par la loi pour la constitution des rentes perpétuelles : la loi n'en a réglé aucun pour la constitution des rentes viagères.

Ces rentes sont le prix du risque que courent les parties de perdre ou de gagner, suivant l'événement incertain de la mort : or le prix de ce risque dépendant de l'âge et de l'état de santé de la personne sur la tête de qui la rente viagère est constituée, il n'était pas possible de régler par une loi générale le taux de ces rentes; il a fallu laisser aux parties contractantes la liberté de se débattre sur le prix des différentes choses qui font l'objet des contrats de vente.

Cette liberté doit être plus grande à proportion de ce que la chose est plus difficile à apprécier, et que son prix, par conséquent, a plus d'étendue : elle doit être très étendue dans le contrat de rente viagère; car rien n'est plus difficile que d'apprécier l'estimation du risque qui entre dans ce contrat.

C'est en conséquence de ces principes que, par arrêt du 1er mars 1720, il a été jugé que le constituant n'était pas restitnable contre un contrat de constitution de rente viagère, quoiqu'elle eût été créée plus forte qu'au denier dix.

235. 3° Par le contrat de constitution de rente perpétuelle, on ne peut constituer que des rentes en argent. La raison, qui a fait proscrire les constitutions de rentes en grains ou autres espèces, est de peur que ce ne fût une occasion d'en constituer de plus fortes qu'au taux légitime : les constitutions de rentes viagères n'étant assujetties à aucun taux, cette raison cesse, et rien n'empêche par conséquent qu'on ne puisse, pour une somme d'argent, constituer une rente viagère d'une certaine quantité de grains ou d'autres espèces.

4° C'est aussi pour éviter ces fraudes que la jurisprudence a réprouvé les constitutions de rentes perpétuelles pour prix de marchandises, lorsque la constitution est faite en même temps que la vente des marchandises, ou peu après : la même raison ne se rencontrant pas à l'égard des constitutions de rentes viagères, on ne doit pas étendre à ces rentes cette jurisprudence.

236. Il nous reste une question, qui est de savoir s'il est défendu de constituer à quelqu'un une rente viagère pour le prix d'arrérages de rentes ou d'intérêts que lui doit le constituant, de même qu'il est défendu d'en constituer une perpétuelle. La décision de cette question dépend de ce qui sera dit ci-après de la nature des rentes viagères. J'y renvoie.

ARTICLE III.

Des personnes entre lesquelles peut se passer le contrat de constitution de rente viagère.

237. Par édit du mois d'août 1661, il est défendu de donner aux gens de mainmorte de l'argent pour une rente viagère, plus forte que le taux de l'Ordonnance, à peine de nullité du contrat, de confiscation de l'argent, et d'une amende de 3,000 liv. contre les communautés qui auront constitué la rente.

L'édit exceptait l'Hôtel-Dieu de Paris, le grand Hôpital et la maison des Incurables : mais par un édit du mois de janvier 1690, ils ont été assujettis, comme les autres gens de mainmorte, à cette défense.

L'édit de 1661 défendait aussi aux gens de mainmorte de recevoir des héritages ou rentes pour une rente viagère plus forte que le revenu desdits héritages ou rentes. L'occasion de cette loi a été, suivant qu'il paraît par le préambule de l'édit, qu'un très grand nombre de personnes, en se dépouillant de tout sentiment d'affection pour leur famille, et pour se faire un plus gros revenu pendant leur vie, portaient tous leurs biens à des communautés riches, qui, pour le prix desdits biens, leur constituaient des rentes viagères. C'est pour empêcher ce désordre, et pour mettre un frein à l'avarice des gens d'église, que le roi Louis XIV rendit l'édit de 1661. Il a depuis été nécessaire d'y mettre encore un plus grand frein, en leur défendant d'acquérir, à quelque titre que ce soit, aucuns héritages, ni même des rentes sur particuliers : c'est ce qu'a fait l'édit de 1749.

Le contrat de rente viagère n'est interdit aux gens de mainmorte que lorsque la rente excède le taux de l'Ordonnance : ils peuvent encore aujourd'hui constituer, pour le prix d'une somme d'argent, une rente viagère, pourvu qu'elle n'excède pas le denier vingt.

238. Quoique l'édit de 1661, par son préambule, ne regarde pas d'un œil favorable les constitutions de rentes viagères à un taux beaucoup plus fort que celui de l'Ordonnance, elle ne les interdit néanmoins qu'aux gens de mainmorte, et ce contrat est permis entre particuliers.

239. Le contrat de constitution de rente viagère, lorsque la rente n'excède pas le taux de l'Ordonnance, étant une donation qui est faite au constituant de la somme qui lui est payée pour le prix de la constitution, dont la jouissance est seulement suspendue pendant le temps que doit durer la rente, c'est une conséquence que nous ne pouvons donner de l'argent de cette manière aux personnes à qui les lois nous défendent de donner. C'est pourquoi un contrat de constitution de rente viagère, par lequel un mari, qui n'est pas en communauté de biens avec sa femme, lui constituerait, par exemple, 100 livres de rente viagère pour le fonds de 2,000 livres qu'il recevrait d'elle, serait nulle; la femme ou ses héritiers pourraient répéter de lui cette somme de 2,000 liv. qu'il aurait reçue d'elle, comme ayant été par lui reçue *sine causâ;* mais il imputerait sur cette somme ce qu'il aurait payé pour les arrérages, car le contrat de constitution étant nul, n'en a pu produire.

240. Quoique la rente viagère, que je constitue à une personne à qui la loi ne me permet pas de donner, excède de quelque chose le taux de l'Ordonnance, néanmoins si elle n'est pas assez forte pour qu'on la puisse regarder comme le juste équipollent du fonds de la somme d'argent qui est payée pour le prix de la constitution; comme si on constituait au taux du denier dix-huit ou dix-neuf, une rente viagère sur la tête d'une personne âgée ou infirme; il faudrait décider la même chose : car quoique l'acte ne soit pas entièrement donation, il suffit, pour qu'il soit nul, qu'il renferme un avantage que j'aie voulu faire en fraude de la loi à cette personne. C'est pourquoi nous avons vu en notre Traité du contrat de vente, *n.* 39, qu'une vente faite à vil prix à une personne à qui il n'est pas permis au vendeur de donner, n'était pas moins nulle qu'une donation.

241. Lorsque la rente viagère est assez forte pour être un juste équivalent du fonds de la somme d'argent qui est payée pour le prix de la constitution, le contrat n'étant pas, en ce cas, un contrat de donation, étant au contraire de la classe des contrats intéressés de part et d'autre, peut-il intervenir entre un mari et une femme séparés de biens? La raison de douter est, que l'acte n'étant pas une donation, il ne paraît pas qu'il soit défendu par aucune loi entre ces parties. La raison de décider pour la négative est, que les donations entre mari et femme ont été interdites pour empêcher qu'il n'arrivât trop souvent que le grand amour de ces personnes l'une pour l'autre, n'étouffât en elles l'amour de leur famille, et ne les empêchât de lui laisser leurs biens. Cette même raison se rencontre pour interdire entre ces personnes les contrats de rentes viagères : car une famille n'est pas moins dépouillée par les contrats de constitution de rente viagère, que par une donation; et un conjoint, qui voudrait faire passer ses biens à l'autre, ne pouvant le faire par la voie de la donation, aurait recours à celle de ces contrats.

Dans les contrats de constitution de rente viagère, l'acquéreur stipule quelquefois, qu'après sa mort la rente sera continuée à un tiers pendant la vie de ce tiers. Cette clause est valable,

quoique ce tiers ne soit pas intervenu au contrat; et le constituant, qui n'a reçu qu'à cette charge la somme de deniers qui lui a été payée pour le prix de la constitution, ne peut se défendre de continuer la rente à ce tiers après la mort de l'acquéreur. Voyez *notre Traité des obligations*, *n.* 70.

Quid, si ce tiers, à qui l'acquéreur a stipulé que la rente serait continuée après sa mort, était une personne à qui, suivant les lois, cet acquéreur ne pouvait donner? Ces lois étant faites en faveur des héritiers de l'acquéreur, et non en faveur du constituant, le constituant n'est pas recevable à opposer à ce tiers son incapacité; mais les héritiers ont droit d'assigner ce tiers pour le voir déclarer incapable de l'avantage que l'acquéreur de la rente lui a fait par la clause du contrat de constitution, et pour faire ordonner en conséquence que la rente leur sera continuée à la place et pendant la vie de ce tiers sur la tête de qui elle est créée.

Suivant ces principes, si un homme avait vendu un de ses propres pour une certaine somme, pour laquelle il se fût fait constituer à lui et à sa femme une rente viagère; la rente, après sa mort, ne pourra être prétendue par sa femme à qui il ne lui était pas permis de donner; mais elle sera continuée aux héritiers de cet homme pendant tout le temps de la vie de la femme.

242. S'il s'était fait constituer à lui et à sa femme une rente viagère des deniers de la communauté, après la mort de l'un des deux, et en cas d'acceptation de communauté, elle devrait être continuée pour moitié seulement au survivant, et pour l'autre moitié aux héritiers du prédécédé.

Si les conjoints s'étaient fait un don mutuel de l'usufruit des biens de leur communauté; en ce cas, le survivant aurait-il droit de jouir, pendant sa vie, de la part du prédécédé, sans rien rendre à ses héritiers? Je ne le pense pas; car ce serait s'arroger, non pas le simple usufruit qui lui a été donné par le prédécédé de sa portion dans cette rente viagère, mais le fonds entier de cette rente, un propriétaire n'en pouvant pas avoir davantage. L'usufruit étant le droit de jouir *salvâ rei substantiâ*, cette portion de rente du prédécédé n'est pas susceptible d'un usufruit proprement dit au profit du survivant; car il ne peut pas en jouir et en percevoir tous les arrérages pendant sa vie, *salvâ rei substantiâ*, puisqu'il est de la nature et de l'essence de cette chose qu'elle se consomme et s'éteigne entièrement par la perception de tous ces arrérages. Cette rente viagère ne peut donc être susceptible que du *quasi-usufruit* qui a lieu à l'égard des choses *quæ usu consumuntur*. C'est pourquoi, de même que l'usufruitier de cette espèce de choses ne peut en jouir qu'à la charge d'en restituer la valeur après l'entière extinction de l'usufruit, le survivant usufruitier de la portion du prédécédé dans cette rente viagère, ne doit avoir le droit d'en jouir qu'à la charge de restituer après l'extinction de son usufruit, aux héritiers du prédécédé, ce que valait cette portion de rente viagère, lorsque l'usufruit a commencé. Cette estimation doit se faire par des experts, eu égard à l'âge et à la santé du survivant donataire mutuel, lors de l'ouverture du don mutuel.

ARTICLE VI.

Comment se passent les contrats de constitution de rente viagère, et des différentes clauses qui y peuvent être opposées.

243. Les contrats de constitution de rente viagère, de même que ceux de rente perpétuelle, peuvent se passer sous signature privée, aussi bien que pardevant notaires.

Ces contrats étant des contrats unilatéraux, dans lesquels il n'y a que la partie qui constitue la rente qui s'oblige, il suffit que l'acte soit signé par le constituant; il n'est pas nécessaire qu'il soit fait double.

Quoique, dans le cas où la rente viagère est constituée au denier vingt, ou même à un denier moins fort, le contrat renferme une donation qui est faite au constituant de la somme qu'il reçuit; néanmoins la constitution de rente viagère peut se faire par un acte sous signature privée. L'Ordonnance de 1731, *art.* 1, qui porte que tous les actes portant donation entre vifs seront passés pardevant notaire, n'est pas contraire à notre décision; car la chose donnée étant, en ce cas, une somme d'argent, dont la tradition réelle a été faite au donataire, la donation a reçu toute sa perfection et sa consommation par la tradition réelle; et elle n'a pas besoin d'être établie par aucun acte. L'acte de constitution de rente viagère ne se fait pas pour établir la donation : ce n'est qu'un acte recognitif de la charge sous laquelle la donation a été faite.

244. On peut apposer dans le contrat de constitution de rente viagère la plupart des clauses qui peuvent s'apposer dans le contrat de rente perpétuelle; sur quoi voyez ce qui en a été dit *chap.* 4.

245. Quelquefois il est stipulé, par le contrat de constitution de rente viagère, qu'après la mort de celui à qui la rente viagère est constituée, le constituant rendra aux héritiers une certaine partie de la somme qu'il a reçue lors de la constitution, *putà*, le tiers, le quart, la moitié. Le contrat fait avec cette clause n'a rien d'illicite; il renferme deux contrats; un contrat de vente de la rente viagère pour le prix de la somme qui

doit rester au constituant, et un prêt gratuit qui lui est fait de celle qu'il doit rendre. Il faudrait décider autrement si la somme, qui doit rester au constituant, n'était pas assez forte pour pouvoir être considérée comme le prix de la rente viagère, *putà*, si l'on avait constitué à une personne qui ne fût pas trop avancée en âge, 300 liv. de rente viagère pour le prix de 3,000 liv., dont 2,000 liv. seraient rendues aux héritiers du constituant, qui retiendrait seulement les 1,000 restantes. En ce cas, le contrat de constitution devrait être déclaré nul et usuraire, comme contenant un prêt à intérêt déguisé; et tous les arrérages, qui ont été payés, devraient être imputés sur le principal.

246. Quelquefois le contrat de constitution de rente viagère est mêlé de constitution de rente perpétuelle: car on convient quelquefois qu'après la mort de celui à qui la rente viagère est constituée, le constituant continuera à ses héritiers une rente de tant, rachetable de tant : comme si, pour une somme de 3,000 liv. que je recevais de vous, je vous constituais 200 liv. de rente pendant votre vie, laquelle, après votre mort, sera réduite à 50 liv. jusqu'au rachat qui s'en pourra faire de la somme de 2,000 liv.

On peut faire la question, si, dans cette espèce, le rachat de 1,000 livres pourra se faire de votre vivant, et réduire la rente à 150 livres. La raison de douter est, qu'il semble que ce contrat contient une constitution de 150 livres de rente viagère, pour le prix de 2,000 livres, et une constitution de 50 livres de rente perpétuelle, pour le prix de 1,000 livres : or, il est de l'essence de celle-ci, que le débiteur ait toujours la faculté de la racheter. La raison de décider que le rachat ne peut s'en faire qu'après votre mort, est que les deux rentes, l'une perpétuelle, et l'autre viagère, qui sont constituées par ce contrat, sont deux rentes créées pour un seul et même prix de 3,000 livres, qui ne courent pas en même temps, mais dont l'une succède à l'autre. La rente perpétuelle de 50 livres rachetable pour 1,000 livres, doit succéder à la rente viagère de 200 livres, après qu'elle sera éteinte : elle ne court pas pendant votre vie, et elle ne fait pas partie de la rente viagère de 200 livres.

Il n'y a rien en cela d'illicite : il suffit que les 1,000 livres, qui me restent, fussent, eu égard à votre âge avancé, un prix suffisant de la rente de 200 livres, que je vous ai constituée, pour que je ne puisse critiquer le contrat. Vous pourriez m'imposer l'obligation de rendre, après votre mort, la somme de 1,000 livres à vos héritiers; à plus forte raison pouvez-vous m'imposer celle de leur faire une rente de 50 livres rachetable pour 1,000 livres, laquelle ne commencera que depuis votre mort; car cette obligation est moins onéreuse pour moi que celle de la restitution de la somme de 1,000 livres.

247. La rente perpétuelle, qui doit être continuée après la mort aux héritiers de celui à qui la viagère a été constituée, peut-elle excéder le taux légitime des intérêts de la somme d'argent dont elle est rachetable? Par exemple dans l'espèce ci-dessus proposée, aurions-nous pu convenir qu'après votre mort je continuerais à vos héritiers 50 livres de rente à toujours, rachetable pour 800 livres? Je ne trouve rien d'illicite dans cette convention; car le taux des rentes se règle sur la somme qui a été payée pour le prix de la constitution, et non sur celle dont la rente est rachetable, qui peut être une somme moindre que celle qui a été payée pour le prix de la constitution. C'est pourquoi dans cette espèce, la rente de 50 livres ne peut pas être jugée excessive, quoiqu'elle soit rachetable seulement pour 800 livres; car ce n'est pas une somme de 800 liv. seulement qui a été payée pour le prix de la constitution de cette rente, le prix, pour lequel cette rente et la viagère ont été constituées, étant un seul et même prix de 3,000 livres.

Si vous m'eussiez imposé l'obligation de continuer à vos héritiers 50 livres de rente rachetable pour 1,000 liv., je ne pourrais pas me plaindre : je suis moins grevé par celle que vous m'imposez de leur continuer une rente de 50 livres rachetable pour 800 livres : je ne puis donc pas m'en plaindre.

248. C'est une clause assez ordinaire dans les constitutions de rentes viagères, surtout dans celles qui se constituent par testament, qu'il en sera, à chaque terme, payé un terme d'avance, soit de demi année, soit d'un quartier. De là naît la question de savoir si le pensionnaire, qui, en exécution de cette clause, a reçu un terme d'avance, venant à mourir avant l'accomplissement du terme, la succession est tenue de rendre au débiteur de la rente ce qui restait à échoir de ce terme lors de la mort du pensionnaire. *Putà*, le testateur a légué à Pierre une pension viagère de 600 livres, payable par avance de six mois en six mois, à commencer du jour de son décès, qui est arrivé le 1er janvier 1770. Pierre a reçu dans ledit mois de janvier 300 livres pour un demi terme d'avance; il est mort au 1er mai : le débiteur de la rente peut-il répéter de ses héritiers 100 livres pour ce qui restait, lors de sa mort, à courir du terme de juillet, qu'il a reçu d'avance? Je pense que le débiteur est fondé; car la rente, ayant été éteinte par la mort de Pierre au 1er de mai, ce qu'il a reçu pour les deux mois qui restaient à courir jusqu'au 1er juillet ne lui était pas dû. On oppose que cela lui était dû, puisqu'il avait droit de l'exiger. La réponse est, qu'aux termes du testament, le

terme devant lui être payé *par avance* avant qu'il fût dû, il avait droit de l'exiger, non comme une somme qui lui fût déjà due, mais seulement comme une somme qu'il avait droit d'espérer devoir lui être un jour due, et qui devait lui être avancée avant qu'elle fût due : il était créancier de l'avance de cette somme, plutôt que de la somme même. C'est le sens de ces termes *par avance*; car *avancer* une somme, *prærogare*, c'est la payer avant qu'elle soit due: les paiemens, qui se font d'avance, sont *in pendenti* jusqu'à l'échéance du terme. Celui, qui a été fait, aurait été valable, si Pierre ayant vécu jusqu'au mois de juillet, la rente eût couru jusqu'à ce temps; étant mort auparavant, dès le 1er mai, le paiement se trouve n'être pas valable pour ce qui restait à courir, et le débiteur, qui a fait le paiement, en doit avoir la répétition. Quoique ces raisons me paraissent décisives, néanmoins j'ai trouvé de la variété dans les avis sur cette question.

Il faudrait décider autrement, si on ne s'était pas servi du terme d'*avance*; comme s'il était dit par un testament : *Je lègue à un tel une rente viagère de cent écus par chacun an, payable par trois mois, dont on lui paiera vingt-cinq écus incontinent après mon décès.* Le testateur sera présumé, en ce cas, lui avoir voulu léguer vingt-cinq écus, outre ce qui courra de la rente depuis son décès, et le légataire ne sera pas censé en recevoir rien par avance.

ARTICLE V.

De la nature des rentes viagères.

249. Ce que nous avons dit de la nature des rentes perpétuelles, semble ne pouvoir pas s'appliquer aux rentes viagères.

Nous avons dit que la rente perpétuelle est une espèce de créance d'une somme qui en est le capital, et que cette somme produit des arrérages qui s'accumulent tous les jours, et qui doivent être payés par chacun an, sans aucune diminution du capital. On ne peut pas dire la même chose des rentes viagères. Ces rentes n'ont pas de capital : la somme, qui a été payée pour le prix de la constitution de la rente viagère, est entièrement perdue pour le créancier de la rente; il n'en demeure en aucune manière créancier, et elle ne doit jamais lui retourner. La rente viagère n'est donc la créance d'autre chose que des arrérages qui en doivent courir pendant le temps de sa durée; ces arrérages font tout le principal, tout le fonds et l'être entier de la rente viagère : elle s'acquitte et s'éteint par parties, à mesure que le créancier les reçoit; le paiement de ce qui en restait dû et couru jusqu'à la mort de la personne sur la tête de laquelle elle était constituée, achève de l'éteindre entièrement. Cette créance paraît donc ne pouvoir être considérée autrement que comme la créance des sommes d'argent qui seront dues pendant le temps qu'elle aura cours.

De ce que nous venons d'exposer, plusieurs en ont tiré la conséquence que, même dans les Coutumes qui réputent immeubles les rentes perpétuelles constituées à prix d'argent, les viagères doivent être rangées dans la classe des meubles; ces rentes n'étant autre chose que la créance de sommes d'argent, qui seront plus ou moins répétées, suivant que la personne, sur la tête de qui la rente est constituée, vivra plus ou moins long-temps. Cette créance a seulement cela de particulier, qu'elle ne naît pas et n'est pas acquise au créancier tout à la fois, mais par parties et par chacun jour du temps de la vie, qui est la mesure de sa durée. Cette opinion, qui range les rentes viagères sous la classe des biens meubles, paraît avoir été suivie par un arrêt du 31 juillet 1683, rapporté au deuxième tome du Journal du Palais, *édition in-folio, p.* 563, qui a jugé que le prix d'une rente viagère devait être distribué par contribution au sou la livre comme le prix d'un bien meuble, entre les créanciers de la personne à qui elle appartenait.

Néanmoins, on m'a assuré que l'opinion contraire, qui répute immeubles les rentes viagères aussi bien que les perpétuelles, prévalait au palais. La multitude de ces rentes, qui font aujourd'hui le principal objet de la fortune de plusieurs particuliers, ne contribue pas peu à donner vogue à cette opinion. Voici le raisonnement sur lequel on l'établit. On dit : Le droit de créance de rente viagère est un droit qui produit et fait naître des arrérages contre le débiteur, de même que le droit de créance de rente perpétuelle; avec cette différence seulement, que le droit de rente perpétuelle étant un droit perpétuel de sa nature, en produit à perpétuité : le droit de rente viagère, qui est un droit dont la durée est bornée, en produit seulement pendant le temps de sa durée. C'est pourquoi, de même que les Coutumes ont feint dans les rentes perpétuelles un être moral et intellectuel de créance, distingué par l'entendement des arrérages qu'il produit, quoique, dans la vérité, ces rentes perpétuelles ne soient autre chose que la créance de tous les arrérages qui courront jusqu'au rachat; de même on peut aussi, dans les rentes viagères, feindre et supposer un être moral et intellectuel de créance, distingué des arrérages de la rente viagère qu'il produit, et qui ne diffère de celui que l'on considère dans les rentes perpétuelles, qu'en ce que celui-ci est un être perpétuel, au lieu que celui que l'on considère

dans les rentes viagères est un être périssable, dont la durée est bornée au temps de la vie de la personne sur la tête de qui elles sont créées. En effet, de même que, dans les rentes perpétuelles, les arrérages de la rente ne sont considérés que comme les fruits civils de la rente, de même, dans les rentes viagères, les arrérages de la rente viagère sont considérés, non comme l'objet principal du droit de créance de la rente viagère, mais comme étant pareillement les fruits civils de la rente viagère. C'est en conséquence de cela que les arrérages d'une rente viagère, dont l'un des deux conjoints par mariage était propriétaire lorsqu'ils ont contracté mariage, tombent dans la communauté conjugale pour tout le temps qu'ils ont couru pendant tout le temps qu'a duré ladite communauté, comme fruits civils de ladite rente courus et échus durant ladite communauté, et qu'ils ne sont pas compris dans la réserve que le conjoint, qui a apporté une certaine somme à la communauté, se fait du surplus de son mobilier, comme ils devraient être compris, s'ils étaient considérés, non comme de simples fruits, mais comme l'objet principal de la créance de la rente viagère qui appartenait à ce conjoint lors de son mariage.

250. De ce principe, sur la manière de concevoir les rentes viagères, naît la décision de la question proposée *suprà*, *n*. 236, si l'on peut constituer une rente viagère pour le prix d'arrérages de rente constituée, ou d'intérêts dus par le constituant? La rente viagère étant, suivant ce principe, un être fictif distingué des arrérages qu'il produit, les arrérages de la rente viagère sont, de même que ceux de la rente perpétuelle, *ad instar usurarum*. D'où il suit qu'en constituant une rente viagère pour le prix d'arrérages d'une rente constituée, on ferait produire à ces arrérages, qui sont *ad instar usurarum*, pour le prix desquels on la constituerait, d'autres arrérages qui seraient aussi eux-mêmes *ad instar usurarum*; ce qui est une espèce d'anatocisme défendu par les lois.

251. Il n'est pas douteux que les rentes viagères, même selon l'opinion de ceux qui les considèrent comme immeubles, doivent, de même que les perpétuelles, être régies par la loi du domicile du créancier à qui elles appartiennent; sauf les rentes viagères sur l'Hôtel-de-Ville de Paris, lesquelles, étant considérées comme immeubles, sont, de même que les perpétuelles, censées avoir une assiette à Paris, où est établi le bureau de paiement, et se régissent en conséquence par la Coutume de Paris.

252. On a mis en question si les rentes viagères sont susceptibles de saisies et arrêts de la part des créanciers de ceux à qui elles sont dues, et si l'on peut valablement convenir qu'elles n'en seront pas susceptibles. Il faut, sur ces questions, distinguer les rentes viagères créées à prix d'argent, qui sont celles dont nous traitons, et celles qui sont créées par don ou legs. Il n'est pas douteux que le donateur ou testateur peut valablement apposer à la donation ou au legs qu'il fait à quelqu'un d'une rente viagère, qu'elle ne sera susceptible d'aucunes saisies et arrêts de la part des créanciers de celui à qui il la donne. La raison est que, lorsqu'on fait une libéralité qu'on n'était pas obligé de faire, on la peut faire sous telles conditions qu'on le juge à propos: *Unicuique licet quem voluerit modum liberalitati suæ apponere*. Le donateur ou le testateur, en apposant cette clause à sa donation ou à son legs, ne fait en cela aucun tort aux créanciers de celui à qui il donne ou lègue la rente viagère, puisqu'il était le maître de ne rien donner à leur débiteur.

Non seulement cette clause est valable dans les dons ou legs de rentes viagères, elle y est même facilement sous-entendue, lorsqu'il paraît par les circonstances que la rente, qui a été donnée ou léguée à quelqu'un, lui a été donnée ou léguée pour subvenir à ses alimens.

Il n'en est pas de même des rentes viagères créées à prix d'argent: elles sont toujours sujettes aux saisies et arrêts des créanciers de ceux à qui elles appartiennent; et la clause, qu'elles n'y seront pas sujettes, insérée dans le contrat de constitution de ces rentes, n'est pas plus valable que ne le serait la clause par laquelle, dans un contrat de vente d'un héritage, l'acheteur déclarerait qu'il l'achète à la charge qu'il ne pourra pas l'hypothéquer pour les dettes qu'il contractera par la suite, personne ne pouvant s'interdire à lui-même la faculté de contracter des dettes, ni à ses créanciers celle de s'en faire payer sur ses biens.

Il est vrai que, par un arrêt du 31 juillet 1683, rapporté au Journal du Palais, les créanciers d'une demoiselle Sonin, ayant saisi une rente viagère de 2,000 liv. créée au profit de leur débitrice par l'Hôtel-Dieu de Paris, pour le prix d'une somme de 26,000 liv. qu'elle avait donnée à fonds perdu, la cour fit distraction au profit de ladite Sonin de 400 liv. de rente par chacun an pour subvenir à ses alimens. Mais cet arrêt, qui a pu être rendu sur des circonstances particulières, et par un motif de commisération, ne peut être tiré à conséquence. On ne peut non plus tirer aucun argument de la clause qui se trouve dans quelques édits de création de rentes viagères, qu'elles ne seront susceptibles de saisie et arrêt de la part des créanciers des acquéreurs desdites rentes; car le droit, que renferme cette clause, étant *jus singulare*, n'étant établi

que peur favoriser le débit des rentes créées par l'édit, et pour procurer, par ce moyen, plus promptement à l'État l'argent dont il a besoin, la disposition renfermée dans cette clause ne peut être étendue à d'autres rentes qu'à celles créées par l'édit, suivant ces règles de droit: *Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias*; *l.* 14, ff. *de leg. l.* 16; *et l.* 141, ff. *de reg. jur. Quæ propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumentum trahi*; *l.* 162, ff. *de reg. jur.*

ARTICLE VI.

De la prestation des arrérages des rentes viagères.

253. Ce qui a été dit sur la prestation des arrérages des rentes perpétuelles, reçoit application aux viagères. Les arrérages des rentes viagères sont regardés comme revenus des biens du créancier de la rente, et en conséquence sont sujets aux impositions des dixièmes et vingtièmes pendant le temps qu'elles ont lieu. C'est pourquoi le débiteur de la rente viagère, qui paie ces impositions sur ses biens, peut en faire la retenue sur les arrérages qu'il doit, à moins qu'il n'y ait eu une convention contraire par le contrat de constitution. Les édits s'en sont expliqués en termes formels.

254. On peut mettre en question, si la prescription de cinq ans, qui a lieu à l'égard des arrérages des rentes perpétuelles constituées à prix d'argent, a pareillement lieu à l'égard des rentes viagères créées à prix d'argent. L'Ordonnance de Louis XII, *art.* 71, qui a établi cette prescription, s'explique ainsi: « La plupart de « nos sujets au temps présent usent d'achats et « ventes de rentes que les aucuns appellent « rentes à prix d'argent, les autres rentes vo- « lantes, pensions, hypothèques, ou rentes à « rachat, selon la diversité des lieux, etc. » Pour l'affirmative, on peut dire que, sous la généralité de ces termes, *achats et ventes de rentes à prix d'argent*, les viagères sont comprises aussi bien que les perpétuelles; d'où il suit que la disposition de cette Ordonnance, qui ne permet pas que les *acheteurs de telles rentes* en puissent demander plus de cinq années, doit avoir lieu contre les créanciers de rentes viagères, lorsqu'elles ont été créées à prix d'argent, aussi bien que contre les créanciers des rentes perpétuelles. La raison de la loi, qui est de ne pas occasioner la ruine du débiteur, en laissant accumuler trop d'arrérages, milite à l'égard des unes et des autres.

On peut dire d'un autre côté pour la négative, que quoique les termes de *ventes de rentes, rentes à prix d'argent*, puissent convenir aux rentes viagères de même qu'aux perpétuelles, néanmoins on ne peut disconvenir que ce sont les perpétuelles que l'Ordonnance de Louis XII a eues en vue; que sa disposition par laquelle elle établit la prescription de cinq ans, étant une disposition pénale, elle doit, suivant la nature de ces dispositions, être restreinte aux rentes perpétuelles, qui sont celles que l'Ordonnance a eues en vue, et ne pas être étendue aux viagères. La raison, qui rendait les contrats de constitution de rentes perpétuelles odieux, et qui en fait assujettir les arrérages à la prescription de cinq ans, était fondée sur les rapports de ce contrat avec le prêt à intérêt, rapports que nous avons remarqués *suprà, n.* 5. Le contrat de constitution à rente viagère, par lequel le créancier acquéreur de la rente perd son fonds, n'ayant aucun rapport avec le prêt à intérêt, et n'ayant par conséquent rien d'odieux, ne doit pas être sujet à cette prescription. J'inclinerais assez pour ce dernier sentiment.

Au reste, l'arrêt de 1668, rapporté par Soefve, *tom.* 2, *cent.* 4, *chap.* 15, ne peut servir à la décision de la question; car la rente viagère, qu'on a jugée par cet arrêt n'être pas sujette à la prescription de cinq ans, n'était pas créée à prix d'argent, mais par legs.

ARTICLE VII.

Comment s'éteignent les rentes viagères.

255. La principale manière dont s'éteignent les rentes viagères, est la mort de la personne sur la tête de laquelle la rente viagère était constituée.

Elles s'éteignent en ce sens que les arrérages cessent de courir depuis le jour de cette mort; mais tous ceux, qui ont couru jusqu'au dit jour, icelui jour compris, ne laissent pas d'être dus, et doivent être payés au créancier de la rente, ou à sa succession, s'ils ne l'ont été.

Lorsque la rente a été créée sur les têtes de plusieurs personnes, elle ne s'éteint que par la mort de la dernière survivante de ces personnes.

256. La mort, qui éteint la rente viagère, est la mort naturelle. La mort civile n'a pas le même effet; car la rente viagère doit durer pendant le temps que les parties contractantes, lors du contrat de constitution, ont voulu qu'elle durât: or il est évident que le temps, que les parties avaient alors en vue, était le temps de la vie naturelle de la personne sur la tête de qui on constituait la rente, et qu'elles n'ont pas même pensé au cas de la mort civile.

C'est pourquoi, si le créancier d'une rente viagère sur la tête de qui la rente a été constituée, était condamné à une peine capitale, qui emporte mort civile et confiscation de biens, la

rente ne serait pas éteinte : elle appartiendrait au seigneur confiscataire, de même que les autres biens du condamné, et elle continuerait à courir à son profit jusqu'au jour de la mort naturelle de cette personne. Pareillement, si le créancier d'une rente viagère constituée sur sa tête fait profession en religion, la rente passe dans la succession, de même que ses autres biens, à ses héritiers. Si la créancière de cette rente fait profession dans un couvent auquel il serait permis de recevoir des dots pour la profession en religion, tels que sont les couvens de filles établis depuis 1600, elle peut réserver pour sa dot de religion la rente viagère qui lui est due. Mais s'il n'y a pas d'acte par lequel elle ait donné au couvent cette rente pour sa dot; soit qu'elle ait apporté une autre dot, soit qu'elle ait été reçue sans dot, je ne pense pas que le couvent puisse prétendre cette rente, qui doit, en ce cas, appartenir aux héritiers de la religieuse.

257. La rente viagère ne devant durer que pendant le temps de la vie de la personne sur la tête de qui elle a été créée, le créancier est obligé, lorsque le débiteur le requiert, de justifier, par un certificat en bonne forme, que cette personne était vivante au temps jusqu'auquel on demande les arrérages. C'est ce qui se pratique; et la raison est qu'un demandeur est tenu de prouver les faits qui servent de fondement à sa demande : *Actori onus probandi incumbit*. Or le fait de la vie de la personne sur la tête de qui la rente est constituée, est nécessaire pour le fondement de la demande des arrérages, puisqu'ils ne peuvent être dus que pendant le temps de la vie de cette personne : c'est donc au créancier à justifier ce fait.

On opposera peut-être qu'un créancier justifie suffisamment sa demande en rapportant son titre de créance, et que c'est au débiteur qui allègue que la créance est éteinte ou acquittée à le justifier, suivant cette règle : *In exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere, ipsamque exceptionem, velut intentionem implere; l.* 19, *ff. de probat*. La réponse est, que cela est vrai lorsque la créance est pure et simple; mais lorsque les parties contractantes l'ont fait dépendre d'un fait, il ne suffit pas au créancier, pour fonder sa demande, de rapporter son titre de créance; il faut qu'il rapporte la justification du fait dont on l'a fait dépendre. Par conséquent, dans ce cas-ci, la créance des arrérages d'une rente viagère étant dépendante du fait de la vie de la personne sur la tête de qui elle a été créée, le créancier doit rapporter la justification de la vie de cette personne. Le débiteur n'est point obligé de prouver la mort de cette personne, ni même d'alléguer sa mort; il lui suffit, pour se défendre de payer les arrérages qu'on lui demande, de dire qu'il ne sait pas si la personne était vivante pendant le temps qu'on prétend qu'ils ont couru.

258. Les rentes viagères s'éteignent aussi, de même que les perpétuelles, par le rachat volontaire de la rente que le créancier a permis qu'on lui fît, par la remise que le créancier fait de la rente au débiteur, par la novation, par la confusion.

259. Elles sont sujettes aussi aux prescriptions de trente ans et de quarante ans.

Observez que si la personne, sur la tête de qui la rente est créée, avait été pendant un très long temps absente de longue absence, sans qu'on eût pu pendant tout ce temps avoir de ses nouvelles, et qu'après plus de trente années d'absence, elle eût reparu, le créancier serait bien fondé à demander tous les arrérages, sans que le débiteur pût lui opposer la prescription de trente ans, cette prescription n'ayant pas couru pendant le temps de l'absence de cette personne : car le créancier, faute de pouvoir justifier de la vie de cette personne, dont on ne pouvait avoir de nouvelles, n'a pu pendant tout ce temps demander sa rente; et c'est une règle de droit, que *contra non valentem agere, non currit præscriptio.*

FIN DU TRAITÉ DU CONTRAT DE CONSTITUTION DE RENTE.

TRAITÉ

DU

CONTRAT DE CHANGE.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

1. On appelle *change* l'échange d'argent contre argent.

C'est une espèce de change lorsqu'on change une espèce de monnaie contre une autre espèce de monnaie, comme des louis d'or contre des écus, des écus contre de la menue monnaie.

Ce change peut se faire entre toutes sortes de personnes; mais on ne peut changer d'anciennes espèces contre de nouvelles, qu'avec les changeurs publics; car le commerce en est défendu.

Ce change, qui se fait dans un même lieu, d'une espèce d'argent contre une autre espèce d'argent, est celui que les docteurs appellent *cambium reale vel manuale*.

2. Nous n'avons rien à dire sur cette espèce de contrat de change : celui, dont nous nous proposons de traiter, est un contrat par lequel je vous donne ou je m'oblige à vous donner une certaine somme en un certain lieu, pour et en échange d'une somme d'argent que vous vous obligez de me faire compter dans un autre lieu.

C'est le contrat de change que les docteurs appellent *cambium locale, mercantile, trajectitium*.

3. Ce contrat s'exécute par le moyen de la lettre de change. On peut définir la lettre de change, une lettre revêtue d'une certaine forme prescrite par les lois, par laquelle vous mandez au correspondant que vous avez dans un certain lieu, de m'y compter, ou à celui qui aura mon ordre, une certaine somme d'argent, en échange d'une somme d'argent ou de la valeur que vous avez reçue ici de moi, ou réellement, ou en compte.

Il ne faut pas confondre la lettre de change avec le contrat de change. La lettre de change appartient à l'exécution du contrat de change; elle est le moyen par lequel ce contrat s'exécute : elle le suppose et l'établit; mais elle n'est pas le contrat même.

4. Lorsque celui, qui, par le contrat de change, s'est obligé de me faire toucher une somme dans un certain lieu, n'a pas une lettre de change prête, il me donne, en attendant, un billet par lequel il s'engage de me fournir une lettre de change sur le lieu où il s'est obligé de me faire toucher la somme : on appelle cette espèce de billet, *un billet de change*.

On appelle aussi *billet de change* le billet par lequel celui, à qui on a fourni une lettre de change dont il n'a pas payé la valeur, s'oblige de la payer.

5. Nous diviserons ce Traité en deux parties. Nous traiterons, dans la première, du contrat de change, et de la négociation qui se fait relativement à ce contrat, par le moyen de la lettre de change. Dans la deuxième partie, nous traiterons des billets de change, et des autres billets de commerce.

PREMIÈRE PARTIE.

Du contrat de change; et de la négociation relative à ce contrat, qui se fait par la lettre de change.

Nous diviserons cette partie en six chapitres. Dans le premier, nous examinerons quelle est l'origine du contrat de change et de la lettre de change, et quelles en sont les différentes espèces. Nous traiterons, dans le deuxième, des personnes qui interviennent dans la négociation de la lettre de change; dans le troisième, de la forme de la lettre de change, et des autres actes qui interviennent dans cette négociation; dans le quatrième, des différens contrats et quasi-contrats que renferme la négociation de la lettre de change; des obligations et des actions qui en naissent; dans le cinquième, de l'exécution de la négociation de la lettre de change; des protêts et autres procédures qui en sont la suite; dans le sixième des différentes manières dont s'éteignent les droits et actions résultans de la négociation de la lettre de change, et des prescriptions auxquelles ils sont sujets.

CHAPITRE PREMIER.

Quelle est l'origine du contrat de change et de la lettre de change; et quelles sont les différentes espèces de lettres de change.

§ I. QUELLE EST L'ORIGINE DU CONTRAT DE CHANGE ET DE LA LETTRE DE CHANGE.

6. Il n'y a aucun vestige de notre contrat de change, ni des lettres de change, dans le droit romain. Ce n'est pas qu'il n'arrivât quelquefois chez les Romains que l'on comptât pour quelqu'un une somme d'argent dans un lieu à une personne qui se chargeait de lui en faire compter autant dans un autre lieu. Ainsi nous voyons dans les Lettres de Cicéron à Atticus, que Cicéron, voulant envoyer son fils faire ses études à Athènes, s'informe si, pour épargner à son fils de porter lui-même à Athènes l'argent dont il y aurait besoin, on ne trouverait pas quelque occasion de le compter à quelqu'un à Rome, qui se chargerait de le lui faire compter à Athènes; *Epist. ad Att. XII*, 24, *XV*, 25. Mais cela n'était point la négociation de lettres de change, telle qu'elle a lieu parmi nous; cela se faisait par de simples mandats. Cicéron chargeait quelqu'un de ses amis de Rome, qui avait de l'argent à recevoir à Athènes, de faire tenir de l'argent à son fils à Athènes; et cet ami, pour exécuter le mandat de Cicéron, écrivait à quelqu'un des débiteurs qu'il avait à Athènes, et le chargeait de compter une somme d'argent au fils de Cicéron. Au reste, on ne voit point qu'il se pratiquât chez les Romains, comme parmi nous, un commerce de lettres de change; et nous trouvons au contraire en la loi 4, § 1, ff. *de naut. fœn.*, qui est de Papinien, que ceux, qui prêtaient de l'argent à la grosse aventure aux marchands qui trafiquaient sur mer, envoyaient un de leurs esclaves pour recevoir de leur débiteur la somme prêtée, lorsqu'il serait arrivé au port où il devait vendre ses marchandises; ce qui certainement n'aurait pas été nécessaire, si le commerce des lettres de change eût été en usage chez les Romains.

7. Quelques auteurs ont prétendu que l'usage du contrat de change et des lettres de change est venu de la Lombardie, et que les Juifs, qui y étaient établis, en ont été les inventeurs.

D'autres en attribuent l'invention aux Florentins, lorsque, ayant été chassés de leur pays par la faction des Gibelins, ils s'établirent à Lyon et en d'autres villes. Il n'y a rien sur cela de certain, si ce n'est que les lettres de change étaient en usage dès le quatorzième siècle. C'est ce qui paraît par une loi de Venise de ce temps, sur cette matière, rapportée par Nic, *de Passerib.*, en son livre *de Script. privat.*, *lib.* 3.

§II. DES DIFFÉRENTES ESPÈCES DE LETTRES DE CHANGE.

8. Savary distingue quatre espèces de lettres de change. La première est de celles qui n'expriment point quelle espèce de valeur a été reçue de celui à qui la lettre de change a été fournie et qui portent purement et simplement, *valeur reçue*.

L'usage de cette première espèce de lettre de change est défendu par l'Ordonnance de 1673, *tit.* 5, *art.* 1, comme nous le verrons par la suite.

9. La seconde espèce est de celles qui expriment l'espèce de valeur qui a été reçue de celui à qui ce les a fournies, ce qui s'exprime ou par ces termes, *valeur reçue comptant*, lorsque c'est en argent que la valeur a été reçue; ou par ceux-ci, *valeur reçue en marchandises*, lorsque c'est pour le prix des marchandises que la lettre de change a été fournie.

C'est celle de cette seconde espèce qui est le plus en usage, et qui est parfaitement lettre de change.

10. La troisième espèce est de celles qui sont pour *valeur en soi-même*.

Je tire, en ces termes, une lettre à mon ordre, sur Pierre, marchand de Lyon, qui me doit mille écus : « M. Pierre, vous paierez à mon ordre, à « telle échéance, la somme de mille écus, valeur « en moi-même, que je vous passerai en compte; » et je la lui fais accepter. Il est dit *valeur en moi-même*, parce que je n'en ai pas encore reçu la valeur de personne; ensuite je donne ici cette lettre acceptée à un courtier, pour me chercher une personne qui m'en donne la valeur, et je passe mon ordre et endossement à cette personne, *valeur reçue comptant d'elle*. Cette lettre, avant mon endossement, n'est pas proprement une lettre de change; ce n'est que par l'endossement que je fais au profit de celui qui m'en donne la valeur, que se contracte le contrat de change, et qu'elle devient une véritable lettre de change.

Lorsque la lettre porte : Vous paierez à un tel, *valeur en moi-même*, en *valeur de moi-même*, ou *valeur rencontrée en moi-même*, cette lettre n'est pas non plus une lettre de change, mais un simple mandement; ces termes *valeur en moi-même*, et les autres semblables, ne se réfèrent pas à celui à qui la lettre est payable, mais à celui sur qui elle est tirée; et ils ne signifient autre chose, sinon que le tireur tiendra compte à celui sur qui elle est tirée, lorsqu'il l'aura acquittée, de la valeur de la lettre, en déduction de ce qui est dû au tireur par celui sur qui elle est tirée. A l'égard de celui à qui la lettre est payable, la lettre ne portant pas qu'il en ait payé aucune valeur au tireur, il ne peut avoir, en cas de refus du paiement, aucun recours de garantie contre le tireur; au contraire, si la lettre lui est payée, il devient débiteur envers le tireur de la somme par lui reçue. C'est l'interprétation de Savary, *Tome II, Parer.* 35.

11. La quatrième espèce est de celles qui sont pour *valeur entendue* : en voici un exemple.

Je demeure à Orléans, et j'ai 3,000 livres à recevoir à Lyon : je vais trouver un marchand à Orléans qui fait commerce à Lyon, à qui je propose de lui donner une lettre de change de 3,000 livres sur mon débiteur de Lyon, pour 3,000 livres qu'il me comptera ici : il veut bien prendre ma lettre de change; mais, ne se fiant pas à moi, il ne me veut compter les 3,000 livres que lorsqu'il aura eu avis de son correspondant de Lyon, que la lettre de change, que je lui aurai donnée, aura été acquittée; et pour cela il me donne un billet portant reconnaissance de la lettre de change, et promesse de payer, lorsqu'elle aura été acquittée. Il était autrefois d'usage, en ce cas, de concevoir la lettre de change en ces termes, *valeur entendue*; ce qui signifie que la valeur n'en a pas encore été fournie à celui qui a donné la lettre de change. Savary nous apprend que cette quatrième espèce de lettre de change n'est plus en usage.

Le tireur de cette espèce ne fait plus de difficulté d'exprimer, *valeur reçue comptant*, regardant la reconnaissance qu'on lui a donnée comme de l'argent comptant; ou bien l'on met, *valeur en compte*.

Cette espèce de lettre de change, *valeur en compte*, est aujourd'hui d'un fréquent usage : elle se fait, de même que celles de la seconde espèce, en exécution d'un contrat de change; celui, qui me la fournit, échange l'argent qu'il me donne à recevoir dans le lieu où elle est tirée, contre celui qu'il me doit, et dont je m'oblige de lui tenir compte ici.

12. Il y a une autre division de lettres de change, qui se tire des différens temps dans lesquels elles sont payables.

La première espèce est de celles qui portent qu'elles seront payées *à vue*.

Ces termes, *à vue*, signifient que la lettre doit être acquittée aussitôt que le porteur la présente.

13. La seconde espèce est de celles qui sont à

tant de jours de vue, comme à *six jours de vue*, *à huit jours de vue, etc.*

Ces lettres renferment un terme de paiement, qui ne court que du jour *de la vue*, c'est-à-dire, du jour qu'elles ont été présentées, et acceptées par celui sur qui elles sont tirées; et dans ce temps, on ne compte point le jour de l'acceptation, suivant cette règle, qu'en fait de délais, le jour duquel court le délai, n'est pas ordinairement compté dans le délai : *Dies à quo, non computatur in termino*. Si donc j'ai une lettre de change, payable à six jours de vue, et que je la fasse accepter le premier d'octobre, l'accepteur aura de droit, suivant le texte de la lettre, un terme de paiement de six jours, qui ne courra que depuis le premier octobre, icelui jour non compris, et n'expirera par conséquent que le 7 octobre.

14. La troisième espèce est de celles qui sont payables à un certain jour nommé, comme au 15 octobre prochain.

15. La quatrième espèce est de celles qui sont payables à une usance, ou à deux, ou à un plus grand nombre d'usances.

Ce mot d'*usance* vient d'*usage*, et signifie le temps qu'il est d'usage dans un pays d'accorder pour le paiement des lettres de change.

Ce temps est réglé par l'Ordonnance de 1673, *tit.* 5, *art.* 5, à trente jours, soit que le mois de la date de la lettre de change ait plus ou moins de jours.

Ce temps court du jour de la date de la lettre de change, icelui non compris.

Une lettre payable à une usance est donc une lettre payable dans les trente jours du jour de la date. Une lettre à deux usances est une lettre payable dans les soixante jours, etc.

S'il n'était pas dit simplement à *tant d'usances*, mais *à tant d'usances de vue*, il faudrait compter les usances, non du jour de la date de la lettre, mais du jour de la vue, c'est-à-dire, du jour de la date de l'acceptation, qui est celui auquel la lettre a été présentée; *Savary, Parer.* 47.

16. La cinquième espèce est de celles qui sont payables à certains temps solennels de foire.

Par exemple, il y a à Lyon quatre temps solennels de foire, qu'on appelle vulgairement *les paiemens de Lyon*, qui sont chacun d'un mois; savoir, celui des Rois, celui de Pâques, celui d'Août et celui de la Toussaint.

Les lettres de change payables à ce temps de foire, ne font mention que du temps de la foire, sans faire autre mention précise du jour.

Suivant un réglement du 2 juin 1667, rendu pour Lyon, *art.* 1, les paiemens doivent se faire depuis le premier jour jusqu'au sixième inclusivement; et l'on peut commencer dès le septième jour les poursuites, faute de paiement.

CHAPITRE II.

Des personnes qui interviennent dans la négociation de la lettre de change, et de la qualité qu'elles doivent avoir.

§ I. DES PERSONNES QUI INTERVIENNENT DANS LA NÉGOCIATION DE LA LETTRE DE CHANGE.

17. Il intervient ordinairement quatre personnes dans la négociation d'une lettre de change; il en faut au moins trois.

1° Celui qui fournit la lettre de change, qu'on appelle *trahens* ou *tireur*.

2° Celui qui acquiert du tireur la lettre de change pour la valeur qu'il lui en compte, ou qu'il s'oblige de lui compter : on l'appelle *donneur de valeur*, ou *remittens*.

Observez que je ne suis pas moins censé être le donneur de valeur, acquéreur et propriétaire de la lettre de change, quoique je n'en aie pas moi-même compté la valeur au tireur, et que ce soit un autre qui la lui ait comptée pour moi et pour mon compte; car *fictione brevis manûs*, je suis censé avoir reçu de mon correspondant la somme qu'il a comptée pour mon compte et en mon nom au tireur, et l'avoir moi-même donnée au tireur, comme dans cette espèce : Robert, d'Orléans, a écrit à Pierre, de Paris, son correspondant, de lui chercher une lettre de change de tant sur Lyon. Pierre ayant trouvé Paul qui avait des lettres de change à tirer sur Lyon, et Pierre ne voulant pas être garant de la lettre, prend de Paul, pour le compte de Robert, une lettre de change conçue en ces termes : *M. Jacques de Lyon, vous paierez à l'ordre de Robert, d'Orléans, la somme de tant, valeur reçue de Pierre.* Ce n'est point Pierre qui est censé intervenir dans la négociation, si ce n'est pour prêter à Robert la somme qu'il compte pour lui au tireur; c'est Robert qui contracte avec ce Paul par le ministère de Pierre; c'est

Robert qui est l'acquéreur et le propriétaire de la lettre de change, et aux risques de qui elle est.

3° Celui, à qui elle est adressée et qui la doit payer. Lorsqu'il l'a acceptée, il s'appelle *accepteur* ou *acceptant*.

4° Celui, qui en doit recevoir la valeur, et à qui, pour cet effet, le donneur de valeur passe son ordre au dos de la lettre, et la lui remet afin qu'il la reçoive pour ledit donneur de valeur, et comme son mandataire. On appelle cette personne *le porteur de la lettre*, ou *præsentens*.

18. Quelquefois, néanmoins, cette négociation se fait en trois personnes seulement; savoir, lorsque celui, qui a donné la valeur et qui a reçu la lettre de change, est un voyageur qui doit aller en recevoir lui-même le paiement au lieu où la lettre de change doit être payée; il est en même temps le donneur de valeur et le porteur, le *remittens* et le *præsentans*.

19. Il y a encore deux autres cas où il ne paraît que trois personnes dans la négociation de la lettre de change.

Le premier est, lorsque celui, sur qui la lettre est tirée, est en même temps le commissionnaire du tireur et de celui à qui la lettre est fournie, et qu'en conséquence la lettre de change porte : *Vous paierez à vous-même la somme de tant, valeur reçue comptant d'un tel.*

Observez que quoique, dans cette négociation, il ne paraisse que trois personnes, il y en a virtuellement quatre; car celui, à qui on écrit de payer à soi-même, tient la place de deux personnes. Il est mandataire du tireur : il acquitte pour le tireur la lettre de change : il est mandataire du donneur de valeur, puisqu'il reçoit pour le donneur de valeur : il est donc en même temps *acceptans* et *præsentans*.

20. Le second cas est lorsque je tire une lettre de change sur mon débiteur, *valeur en moi-même*. Il n'y a que trois personnes dans cette négociation; mon débiteur, qui doit payer la lettre de change; mon correspondant, qui doit la recevoir pour moi; et moi, qui suis tout à la fois et le tireur et le donneur de valeur. Mais cette lettre n'est pas proprement lettre de change, comme nous l'avons déjà observé *suprà*, *n.* 10.

21. De même que, dans la négociation d'une lettre de change, une seule personne tient lieu quelquefois et fait la fonction de deux, comme nous le venons de voir; de même aussi quelquefois plusieurs personnes ne tiennent lieu que d'une partie : comme lorsque plusieurs associés fournissent ensemble à quelqu'un une lettre de change, tous ces associés ne sont qu'une même partie dans la négociation : ils s'engagent tous solidairement comme tireurs de la lettre envers celui à qui ils la fournissent. Pareillement, lorsque la lettre est tirée sur plusieurs associés qui l'acceptent, ils sont tous ensemble et solidairement accepteurs, et ne sont tous ensemble qu'une même partie dans la négociation.

22. Outre les quatre personnes ou parties qui interviennent ordinairement dans la négociation de la lettre de change, il en intervient quelquefois un plus grand nombre.

C'est ce qui arrive lorsqu'il y a plusieurs endossemens.

On appelle endossement la substitution que celui, à qui la lettre de change appartient, fait d'une autre personne à la sienne, pour en recevoir le paiement à sa place.

On appelle cette substitution *endossement*, parce qu'elle se fait par un acte écrit au dos de la lettre de change, et conçu en ces termes : *Pour moi paierez à un tel.*

Cela s'appelle aussi, *passer son ordre à quelqu'un.*

23. Ces endossemens sont de deux espèces. Les uns ne contiennent qu'un simple ordre ou mandat, que la personne, à qui la lettre de change appartient, donne à la personne dénommée en l'endossement, pour recevoir comme son mandataire le paiement de la lettre de change, et lui en rendre compte. Tels sont ceux qui ne contiennent que ces termes : *Pour moi paierez à un tel.*

Les autres endossemens contiennent une cession et transport de la lettre de change, qui est faite par l'endosseur à la personne dénommée en l'endossement. Tels sont ceux qui sont ainsi conçus : *Pour moi paierez à un tel, ou à son ordre, valeur reçue de lui comptant*, ou bien *en marchandises.*

24. La personne dénommée en l'endossement de cette seconde espèce devenant propriétaire de la lettre de change, il suit de là qu'elle peut elle-même faire un second endossement pareil au profit d'une autre personne, ce qui fera une cinquième personne qui interviendra dans la négociation de la lettre de change; et pareillement la personne dénommée au second endossement, devenue propriétaire de la lettre de change, peut faire un troisième endossement au profit d'une autre personne, ce qui fera une sixième personne; *et sic in infinitum.*

25. Outre les personnes dont nous avons parlé, il intervient encore quelquefois une autre espèce de personne dans la négociation des lettres de change; car lorsque celui, sur qui la lettre de change est tirée, refuse de l'accepter, il arrive quelquefois qu'un ami du tireur, à qui la lettre n'était point adressée, pour faire honneur au tireur, l'accepte à la place de celui à qui elle était adressée, du consentement de celui à qui la lettre appartient.

26. Les tireurs, endosseurs, accepteurs et porteurs de la lettre sont les principales parties dans

la négociation de la lettre de change : il en intervient quelquefois d'autres, non comme parties principales, mais comme cautions, soit du tireur, soit de quelqu'un des endosseurs, soit de l'accepteur; ce qui se fait par la signature que cette caution met au bas de celle du tireur, ou de l'endosseur, ou de l'accepteur.

§ II. DE LA QUALITÉ QUE DOIVENT AVOIR LES PERSONNES QUI INTERVIENNENT DANS LA NÉGOCIATION DES LETTRES DE CHANGE.

27. Toutes sortes de personnes qui sont en état de contracter, quoiqu'elles ne soient pas marchands ou banquiers de profession, peuvent intervenir dans la négociation des lettres de change, et contracter tous les engagemens qui résultent de cette négociation, pour lesquels elles sont soumises à la juridiction consulaire; *Ordonnance de* 1673, *tit.* 12, *art.* 2; et à la contrainte par corps, *Ordonnance de* 1667, *tit.* 34, *art.* 4. *Voyez* les exceptions à l'égard de la contrainte par corps, *infrà*, *chap.* 4, *art.* 8. *Voyez* notre Traité des obligations, *part.* 1, *chap.* 1, *art.* 4.

La négociation des lettres de change renfermant un commerce d'argent, et tout commerce étant interdit par les canons aux ecclésiastiques, comme contraire à la sainteté de leur état, un billet, par lequel un ecclésiastique, pour de l'argent que je lui donne, me donne à recevoir pareille somme de son débiteur dans un autre lieu, quoiqu'il soit conçu en forme de lettre de change, doit être présumé être dans l'intention des parties une simple rescription, plutôt qu'une lettre de change. C'est l'avis de Savary, *tom.* 2, *Parer.* 19.

28. Les mineurs, lorsqu'ils sont marchands ou banquiers de profession, peuvent intervenir dans la négociation des lettres de change, en tirer et en accepter sans espérance de restitution. C'est ce qui résulte de la disposition de l'Ordonnance de 1673, *tit.* 1, *art.* 6, qui porte : « Tous « négocians et marchands, comme aussi les banquiers, seront réputés majeurs pour le fait de « leur commerce et banque, sans qu'ils puissent « être restitués, sous prétexte de minorité. »

A l'égard des mineurs qui ne sont par état ni marchands, ni banquiers, je ne vois pas pourquoi ils ne seraient pas restituables contre l'obligation qu'ils auraient contractée en tirant, endossant ou acceptant des lettres de change. Je ne connais aucune loi ni jurisprudence qui tire ces actes de la règle générale qui accorde la restitution aux mineurs contre tous les actes par lesquels ils sont lésés. Au contraire, il y a un arrêt du 19 avril 1717, rapporté au sixième tome du Journal des Audiences, qui a jugé qu'un mineur, quoique marié, ne pouvait valablement accepter ni endosser des lettres de change pour des sommes qui excèdent ses revenus. C'est l'avis de *Heineccius*, *Element. jur. camb.*

A l'égard des femmes qui sont sous puissance de mari, il n'est pas douteux que celles, qui sont marchandes publiques (c'est-à-dire, celles qui, au su de leur mari, font un commerce dont leurs maris ne se mêlent pas), peuvent, sans être autorisées, contracter valablement tous les engagemens qui se contractent dans les négociations des lettres de change. Les autres femmes sous puissance de mari ne peuvent intervenir valablement dans ces négociations sans être autorisées, quand même ce serait pour les affaires de leur mari. Cela est conforme aux dispositions des articles 234 et 235 de la Coutume de Paris, et de plusieurs autres. C'est conformément à ces principes que Savary, *tom.* 2, en son *Parer.* 12, juge nulle l'acceptation faite par une femme d'une lettre de change tirée sur elle par son mari.

S'il était justifié que la femme d'un marchand est dans l'usage de signer au su de son mari les lettres de change pour son mari, qui peut-être ne sait pas écrire, sa signature, en ce cas, serait valable : mais ce ne serait pas elle qui serait censée contracter et qui s'obligerait, ce serait son mari qui serait censé contracter par le ministère de sa femme.

29. Par l'Ordonnance de 1673, *tit.* 2, *art.* 1, il est défendu aux agens de change et courtiers, *de faire le change ou tenir banque pour leur compte particulier, sous leurs noms ou sous des noms interposés*, à peine de privation de leurs charges, et de 1,500 liv. d'amende.

Cette défense leur a été faite pour prévenir le monopole que la connaissance qu'ils ont des affaires de tous les négocians et banquiers de la ville où ils font le change, pourrait leur donner lieu de commettre. Si, par exemple, un agent de change de la ville de Lyon savait que les remises, que les négocians de Lyon ont à faire à Livourne cette année, sont très considérables, et qu'au contraire, ce qu'ils ont à en tirer est peu considérable, ce qui doit rendre les lettres de change à tirer sur Livourne extrêmement rares; cet agent de change pourrait, s'il n'en était empêché par cette loi, se hâter de prendre pour son compte particulier toutes les lettres de change à tirer sur Livourne, et quand il en serait devenu le maître, les revendre à ceux qui en auraient besoin, pour un prix excessif que sa cupidité lui dicterait.

Non seulement il est défendu aux agens de change de fournir ou prendre des lettres de change; il leur est aussi défendu de les signer *par aval*; *d. tit.*, *art.* 2; c'est-à-dire, d'être cautions des tireurs ou endosseurs. C'est pour éviter les fraudes, y ayant lieu de soupçonner qu'ils seraient intéressés à la négociation, lorsqu'ils se

rendraient ainsi cautions. Ils peuvent seulement certifier la signature de ceux qui ont signé les lettres; *d. art.* 2.

Quoique ces personnes, en intervenant dans la négociation des lettres de change, contreviennent à l'Ordonnance, les actes, auxquels elles interviennent, ne laissent pas d'être valables; car l'Ordonnance, dont nous venons de rapporter la disposition, ne prononce pas la peine de nullité des actes, mais une autre peine.

Observez qu'un agent de change n'est pas sujet aux peines de l'Ordonnance, et n'est pas censé y avoir contrevenu, pour avoir tiré une lettre de change sur son débiteur, ni pour avoir pris une lettre de change sur un lieu où il avait besoin d'argent pour les affaires qu'il y avait, mais seulement lorsqu'il en fait trafic, et qu'il négocie ses lettres de change à d'autres personnes.

L'article second, en défendant en général aux agens de change tout trafic en leur nom, leur défend aussi de tenir caisse chez eux; ce qui s'entend pour un commerce qu'ils feraient en leur nom : mais cela ne les empêche pas d'avoir une caisse, dont ils puissent acquitter les lettres de change tirées sur les négocians dont ils sont les agens.

CHAPITRE III.

De ce qui constitue l'essence de la lettre de change; de sa forme, et de celle des autres actes qui interviennent dans la négociation des lettres de change.

§ I. DE CE QUI CONSTITUE L'ESSENCE DE LA LETTRE DE CHANGE, ET DE SA FORME.

30. La lettre de change se fait par un acte sous signature privée, en forme de lettre adressée par le tireur à celui sur qui elle est tirée, par laquelle le tireur lui mande de payer une telle somme à un tel.

Il y a trois choses principales qui constituent l'essence de la lettre de change. 1° Il faut qu'il y soit fait mention de trois personnes; de celle qui tire la lettre, de celle sur qui elle est tirée, et de celle à qui elle est payable; *suprà*, *n.* 17.

2° Il faut qu'il y ait remise d'un lieu à un autre, c'est-à-dire, qu'on donne dans un lieu pour recevoir dans un autre lieu. Cette remise d'un lieu à un autre est ce qui constitue l'essence du contrat de change, dont la lettre de change est l'exécution.

3° Il faut que la lettre de change soit revêtue des formes prescrites par l'Ordonnance de 1673.

31. Suivant l'article premier du titre 5 de cette Ordonnance, cette lettre doit contenir sommairement, 1° le nom de celui à qui elle doit être payée; ce qui se conçoit ainsi : *Vous paierez à M. un tel.*

Si, dans la lettre de change, le tireur avait omis de faire mention de la personne à qui elle doit être payée, mais qu'il eût fait mention de celle qui en a fourni la valeur; comme s'il eût été dit : *Vous paierez la somme de mille livres à vue, valeur reçue d'un tel;* il me paraît raisonnable de présumer que le tireur a entendu que la lettre fût payable à celui de qui il a déclaré en avoir reçu la valeur, n'ayant pas nommé d'autre personne à qui elle dût l'être. Néanmoins, j'ai appris d'un négociant très expérimenté, que les banquiers faisaient difficulté, en ce cas, d'acquitter la lettre.

32. 2° L'Ordonnance veut, pour la forme des lettres de change, qu'elles contiennent *le temps du paiement*, c'est-à-dire, *à tel jour*, ou *à vue*, ou *à tant de jours de vue*, *à une usance*, ou *à tant d'usances.*

L'Ordonnance ayant requis, pour la forme de la lettre de change, l'expression du temps du paiement, on en doit conclure que la lettre, où se trouvera le défaut de cette expression, ne vaudra pas comme lettre de change, et ne pourra valoir que comme un simple mandat donné à celui à qui la lettre est adressée, de payer la somme marquée par la lettre, et comme une simple reconnaissance de celui qui a donné la lettre, qu'il a reçu cette somme de la personne mentionnée en ladite lettre; ce qui donnera à ladite personne une action ordinaire pour la répétition de cette somme, au cas que celui, à qui la lettre est adressée, ne la paie pas. mais au surplus, il n'y aura pas lieu à tout ce qui est établi à l'égard des lettres de change, une telle lettre n'étant pas une vraie lettre de change.

33. 3° L'Ordonnance veut que la lettre exprime le nom de celui qui en a donné la valeur.

34. 4° L'Ordonnance veut que la lettre ex-

prime si la valeur en a été fournie, et en quoi, si c'est en argent, ou si c'est en marchandises, ou autres effets.

C'est un droit nouveau, établi par l'Ordonnance pour empêcher les fraudes des banqueroutiers, qui, ayant des lettres de change qui portaient simplement *valeur reçue*, et dont ils n'avaient fourni d'autre valeur que leur billet, passaient des ordres, la veille de leur banqueroute, à des personnes supposées pour les recevoir sous leur nom, et faisaient perdre la valeur à ceux qui avaient fourni ces lettres. Pour obvier à ces fraudes, l'Ordonnance veut que la lettre de change fasse mention en quoi la valeur a été fournie.

Faute de cette expression, la lettre ne vaudra pas comme lettre de change, mais comme un simple mandat de payer à la personne à qui la lettre a été donnée; et en cas de faillite de cette personne, le tireur, en rendant le billet qui lui a été donné pour valeur, retirera la lettre qu'il a donnée.

Pareillement, faute d'avoir exprimé en quoi la valeur a été fournie, la valeur vis-à-vis des créanciers du tireur est présumée fictive. Ils peuvent saisir la somme y portée entre les mains de celui sur qui la lettre est tirée, comme ayant toujours appartenu au tireur leur débiteur, nonobstant tous les ordres qui en auraient été passés; et le porteur ne peut avoir main-levée de la saisie qu'en justifiant, soit par les livres du tireur, soit autrement, que le tireur en a effectivement reçu la valeur. *Savary, Parer.* 46, *quæst.* 4.

A l'égard du tireur qui a confessé avoir reçu la valeur par ces termes, *valeur reçue*, quoiqu'il n'ait pas exprimé conformément à l'Ordonnance, en quoi il l'a reçue, il n'est pas lui-même recevable à nier qu'il l'a reçue, s'il ne le justifie par le billet de celui à qui il a fourni la lettre. C'est pourquoi, faute de le justifier, il est tenu de la garantie de la lettre envers le porteur, si elle n'est pas acquittée.

35. Outre ces quatre choses requises par l'Ordonnance, il est évident qu'il faut que la lettre de change contienne le nom de celui à qui elle est adressée, ou du moins une désignation suffisante de sa personne, et de la somme qui est tirée par la lettre.

Il est plus à propos d'écrire cette somme en lettres plutôt qu'en chiffres, pour éviter les altérations dont les chiffres sont plus susceptibles que les lettres : néanmoins, n'y ayant aucune loi qui oblige le tireur à écrire la somme en lettres, la lettre de change ne laissera pas d'être valable, quoique la somme n'y soit désignée qu'en chiffres.

Mais l'accepteur qui pourrait craindre des altérations, peut écrire en lettres : *Accepté pour la somme de tant.*

36. La lettre de change conçue dans la forme que nous venons d'expliquer, est remise entre les mains de celui à qui elle est fournie, lequel l'envoie à son correspondant sur le lieu où elle doit être payée, pour la faire accepter. D'un autre côté, le tireur qui l'a fournie, a coutume d'écrire une lettre d'avis à celui sur qui il la tire : mais cette lettre d'avis n'appartient point à la forme de la lettre de change, et quelquefois un négociant tire des lettres de change sur son correspondant sans lui donner aucune lettre d'avis; ce qui arrive surtout lorsque la somme n'est pas considérable.

On exprime quelquefois sur la lettre : *Vous paierez sans autre avis.*

Le défaut de date, ou l'erreur dans la date de la lettre, ne peuvent être opposés par le tireur qui l'a écrite, ni par l'accepteur qui l'a acceptée, non plus que l'omission du lieu où elle a été écrite.

37. Il nous reste à observer qu'on fait quelquefois plusieurs exemplaires d'une même lettre de change, afin que dans le cas auquel le porteur de la lettre en aurait égaré un, il pût s'en faire payer sur celui qui lui resterait.

Scacchia, § 2, *gl.* 6, atteste que, de son temps, l'usage était, en Italie, que le tireur en remît trois, tout à la fois, à celui à qui il fournissait la lettre de change.

Il est encore aujourd'hui d'un usage très fréquent de tirer par première et seconde les lettres de change qui ont un certain nombre d'usances à courir, surtout celles que l'on envoie à l'étranger. On envoie la première à l'acceptation, et l'on passe l'ordre sur la seconde, en mettant au bas chez qui on trouvera la première acceptée.

Quoique le tireur n'ait d'abord donné qu'un exemplaire, il est tenu, lorsqu'il en est requis, d'en donner un autre, lorsque le premier a été égaré. Voyez *infrà, ch.* 5.

Lorsque le tireur a manqué d'exprimer dans le premier exemplaire quelqu'une des choses dont l'Ordonnance requiert l'expression, *putà*, s'il a manqué d'exprimer en quoi la valeur a été fournie, il peut rectifier ce défaut en l'exprimant dans le second exemplaire. *Savary, Parer.* 95.

§ II. DE LA FORME DES ENDOSSEMENS.

38. Il y a, comme nous l'avons vu, deux espèces d'endossemens. Celui, qui contient un transport de la propriété de la lettre de change à une personne, se fait par un acte que l'endosseur écrit au dos de la lettre de change, et dont la formule ordinaire est : *Pour moi paierez*

à un tel ou à son ordre, valeur reçue d'un tel comptant, ou bien *en marchandises*.

Comme cet endossement renferme un contrat entre l'endosseur et celui à qui l'ordre est passé, semblable à celui que renferme la lettre de change entre le tireur et le donneur de valeur, cette espèce d'endossement doit contenir les mêmes formalités que la lettre de change.

C'est pourquoi, 1° de même que la lettre de change doit être souscrite par le tireur, pareillement, l'endossement doit être souscrit par l'endosseur.

2° De même que la lettre de change doit contenir le nom de celui qui en fournit la valeur au tireur, et en quoi elle a été fournie; de même l'endossement doit contenir, 1° le nom de celui qui a payé la valeur à l'endosseur, pour acquérir de lui la lettre de change; 2° en quoi la valeur a été fournie, si c'est *en argent, marchandises*, ou autrement, *putà*, par compensation.

39. L'article 23, qui requiert ces deux formalités, requiert en outre que l'endossement soit daté.

La date est requise pour empêcher les fraudes; telle que celle d'un endosseur qui, ayant fait banqueroute, omettrait de dater l'endossement pour qu'on ne s'aperçût pas qu'il a été fait depuis sa faillite.

Savary, *tom.* 2, *part.* 16, rapporte un arrêt du 3 avril 1682, rendu en forme de réglement, qui a ordonné l'exécution de l'article 23 de l'Ordonnance par rapport à la date, et qui a jugé nul un endossement où la date avait été omise.

Les antidates sont expressément défendues, à peine de faux; *art.* 26.

40. On a fait la question de savoir si le défaut de la date, que l'Ordonnance requiert dans l'endossement, pouvait être suppléé par la date d'un aval qui se trouverait au bas de l'endossement, ou par celle d'un acte de protêt fait, faute d'acceptation, par celui au profit de qui l'endossement a été fait. Pour l'affirmative, on dira que l'endossement devant précéder l'aval, et le protêt n'ayant pu être fait que depuis l'endossement, la date de l'aval ou du protêt en assure une à l'endossement. Au contraire, pour la négative on dit que l'endossement ayant été d'abord non valablement fait, faute de l'observation d'une des formes requises par l'Ordonnance, qui est l'expression de la date, et n'ayant pas en conséquence transféré la propriété de la lettre de change à celui à qui l'ordre a été passé, l'endosseur, qui a conservé la propriété de la lettre, ne peut plus, sans son fait, en être dépouillé par l'aval ou par le protêt, qui sont des actes auxquels il n'a pas de part. C'est l'avis de Savary, dans son *Parere* 16.

Les endossemens en blanc sont surtout défendus par le droit commun de tous les états, et il ne peut en résulter d'action que le nom ne soit rempli. *Heineccii Elem. Jur. Cam.* 11, 11.

Au reste, il n'importe de quelle main l'endossement soit rempli : quand même il le serait de la main de la personne au profit de qui il est fait, il ne laisserait pas d'être valable, pourvu qu'il contienne toutes les choses requises ci-dessus. *Savary, tom.* 2, *Parer.* 8.

41. L'endossement, auquel manque quelqu'une des formalités requises, ne vaut que comme un simple ordre ou mandat de payer à la personne, et ne transfère à la personne, au profit de qui l'ordre est passé, ni la propriété de la lettre de change, ni les droits et actions qui en résultent.

D'où il suit, 1° que l'endosseur demeurant toujours le propriétaire, les créanciers de l'endosseur peuvent, nonobstant et après cet endossement, saisir et arrêter la somme portée par la lettre de change, entre les mains de celui sur qui elle est tirée, sans que celui, au profit de qui l'ordre est passé, quoiqu'antérieurement, s'y puisse opposer; *art.* 25.

D'où il suit, 2° que si celui, sur qui la lettre est tirée, se trouve créancier de l'endosseur, il peut opposer la compensation de ce qui lui est dû par l'endosseur, au porteur de son ordre; lequel porteur, faute de quelqu'une desdites formalités dans l'endossement, n'est point propriétaire de la lettre de change, et n'est réputé que comme un simple porteur d'ordre de l'endosseur. C'est la disposition de l'*art.* 25.

De là suit, 3° que celui, au profit de qui a été fait l'endossement auquel il manque quelqu'une des trois formalités requises, ne peut pas faire un endossement valable au profit d'un autre; car la propriété de la lettre ne lui ayant pas été transférée par l'endossement défectueux fait à son profit, il ne peut pas la transférer à un autre.

42. L'autre espèce d'endossement, qui ne renferme qu'un mandat que l'endosseur donne à celui à qui il passe son ordre de recevoir la lettre de change comme son mandataire, se fait aussi par un acte que l'endosseur écrit au dos de la lettre de change, et dont la formule ordinaire est : *Pour moi paierez à un tel*.

On n'y insère pas ces termes *ou à son ordre*, à moins que l'endosseur ne voulût accorder à ce mandataire la faculté de se substituer une autre personne pour l'exécution du mandat.

Il est évident aussi qu'on n'y insère point ces termes, *valeur reçue*; et c'est principalement en cela que cette espèce d'endossement diffère de l'autre.

§ III. DE LA FORME DE L'ACCEPTATION.

43. Celui, sur qui est tirée une lettre de change, doit en faire l'acceptation par écrit; *Ordonnance de* 1673, *tit.* 5, *art.* 2.

Cela n'est dit que pour exclure la preuve par témoins : l'écrit n'est requis que pour la preuve de l'acceptation, et non pour la substance. C'est pourquoi si celui, sur qui la lettre est tirée, avait verbalement promis au porteur de payer à l'échéance, cette acceptation verbale serait, dans le for de la conscience, aussi valable qu'une acceptation par écrit; et même je pense que, dans le for extérieur, le propriétaire de la lettre devrait être reçu à lui déférer le serment décisoire, s'il n'est pas vrai qu'il lui ait promis, ou à son mandataire, de payer la lettre à l'échéance.

Cette acceptation se fait par ce mot, *accepté*, que celui, sur qui la lettre est tirée, écrit au bas de la lettre de change, avec sa signature.

44. Lorsque le porteur de la lettre de change, n'ayant pas trouvé celui sur qui elle est tirée à la maison, a laissé la lettre au facteur ou à quelque autre personne, et que celui, sur qui elle est tirée, après avoir écrit au bas son acceptation et sa signature, l'a barrée avant que d'avoir rendu la lettre au porteur, cette acceptation barrée sera de nul effet, comme il a été jugé par arrêt rapporté par La Serra, *ch.* 10. La raison est que le concours de volontés, qui forme un contrat, est un concours de volontés que les parties se sont réciproquement déclarées; sans cela, la volonté d'une partie ne peut acquérir de droit à l'autre partie, ni par conséquent être irrévocable. Suivant ces principes, pour que le contrat entre le propriétaire de la lettre, et celui sur qui elle est tirée, soit parfait, il ne suffit pas que celui-ci ait eu pendant quelque temps la volonté d'accepter la lettre, et qu'il ait écrit au bas qu'il l'acceptait : tant qu'il n'a pas déclaré cette volonté au porteur, le contrat n'est pas parfait; il peut changer de volonté, et rayer son acceptation.

Pour que cette acceptation barrée fût valable, il faudrait que le porteur pût prouver qu'elle n'a été rayée que depuis que la lettre lui a été rendue, et qu'on la lui a ravie ou volée.

45. J'aurais pensé que le mot *vu*, mis par celui sur qui la lettre est tirée, avec la date et sa signature, ne devrait avoir d'autre effet que de donner une échéance certaine à la lettre, lorsqu'elle est à tant de jours de vue, et que cela n'équipollait pas à acceptation; néanmoins, on m'a assuré que les lettres à tant de jours de vue ne s'acceptaient que de cette manière, et que, pour que le *vu* n'équipollât pas à acceptation, il fallait exprimer *vu sans accepter*, si le porteur veut bien s'en contenter.

46. L'Ordonnance ayant voulu que l'acceptation fût faite par écrit, c'est une conséquence, que nous ne devons pas admettre dans notre jurisprudence d'acceptation tacite, résultante de ce que celui, sur qui la lettre est tirée, l'aurait reçue du porteur, et l'aurait long-temps retenue, sans néanmoins écrire au bas aucune acceptation : néanmoins s'il paraissait du dol de celui sur qui la lettre est tirée, qui aurait exprès amusé long-temps le porteur, sur le faux prétexte qu'il a adiré la lettre, afin de l'empêcher de se pourvoir contre le tireur, pour se faire par lui donner caution, faute d'acceptation, et que, pendant ce temps, le tireur eût fait banqueroute; celui, sur qui la lettre est tirée, qui a amusé le porteur, serait tenu de l'acquitter comme s'il l'eût acceptée : mais cette obligation ne naît pas d'une acceptation, n'y en ayant pas eu; elle naît de son dol. C'est ainsi qu'on doit entendre l'arrêt rapporté par La Serra, *ch.* 10.

47. Cette acceptation doit aussi être faite purement et simplement : celles, qui seraient faites sous quelque condition, ne sont pas valables, et passent pour un refus d'accepter; de sorte que le porteur peut ne s'en pas contenter, et faire protester la lettre, comme si elle n'eût point été acceptée du tout; *art.* 2.

Ce n'est point une acceptation conditionnelle, lorsque étant créancier du propriétaire de la lettre de change, je mets au bas de cette lettre, *Accepté pour payer à moi-même*, pourvu que ma créance soit d'une somme liquide, qu'elle soit échue, ou doive échoir au temps de l'échéance de la lettre : le refus, que je lui fais, par cette espèce d'acceptation, de lui faire un paiement réel, étant un refus qui procède de ce qu'il est mon débiteur, et par conséquent qui procède de son fait, ne peut donner lieu à aucun recours de sa part contre le tireur qui lui a fourni la lettre. C'est l'avis de La Serra, *chap.* 8.

Pareillement, si un créancier du propriétaire de la lettre de change, avant que je l'eusse acceptée, avait fait saisir entre mes mains ce que je dois ou devrai par la suite à ce propriétaire, j'accepterai en ce cas la lettre, *pour payer à qui sera par justice ordonné* avec un *tel saisissant*, sans que le propriétaire de la lettre puisse se plaindre de cette acceptation, puisque c'est son fait qui donne lieu à la restriction qu'elle renferme; *La Serra*, ibid.

48. L'acceptation doit être faite pour la même somme portée par la lettre; et elle est censée faite pour cette somme, lorsqu'il n'y a aucune somme désignée dans l'acceptation. Si elle était faite pour une somme moindre, ce serait un

refus d'accepter pour le surplus, et l'on pourrait protester pour ce surplus.

Si au contraire elle était faite pour une somme plus grande, le moins étant compris dans le plus, l'acceptation serait valable pour la somme portée par la lettre.

49. L'acceptation doit être faite pour payer à la même échéance. Si le porteur ou propriétaire de la lettre souffrait que l'acceptation se fit pour un temps plus long, il ne pourrait pas l'exiger avant le terme qu'il a bien voulu accorder: mais la prolongation du terme ne pouvant pas nuire au tireur qui n'y a pas consenti, le porteur n'aurait point de recours contre le tireur et les endosseurs, en cas de faillite du débiteur, arrivée depuis la prolongation du terme.

§ IV. DES AVALS.

50. *Aval* est le cautionnement de celui qui se rend caution dans une lettre de change pour le tireur ou pour quelque endosseur, ou pour l'accepteur: la forme est que la caution met sa signature au bas de celle pour qui elle se rend caution. Un négociant très expérimenté m'a dit que les avals ou cautionnemens en cette forme n'étaient plus guère en usage, et qu'ils se faisaient par un billet séparé.

CHAPITRE IV.

Des différens contrats que renferme la négociation des lettres de change.

ARTICLE PREMIER.

Du contrat qui intervient dans la négociation des lettres de change entre le tireur qui fournit la lettre, et le donneur de valeur à qui elle est fournie.

Le principal contrat qui intervient dans la négociation des lettres de change, et qui donne lieu à toute leur négociation, est celui qui intervient entre le tireur qui fournit la lettre de change, et le donneur de valeur à qui elle est fournie.

Nous traiterons, dans un premier paragraphe, de la nature de ce contrat; dans les deux suivans, des obligations et des actions qui en naissent.

§ I. DE LA NATURE DU CONTRAT QUI INTERVIENT ENTRE LE TIREUR QUI FOURNIT LA LETTRE DE CHANGE, ET LE DONNEUR DE VALEUR A QUI ELLE EST FOURNIE.

51. Ce contrat est le contrat de change, dont nous avons déjà donné la définition, *suprà, n.* 2.

Par ce contrat, le donneur de valeurs échange ce qu'il donne ici, ou ce qu'il s'oblige de donner ici au tireur, contre l'argent que le tireur s'oblige de lui faire compter dans un autre lieu, par le moyen d'une lettre de change sur ce lieu, qu'il lui fournit, ou qu'il s'oblige de lui fournir.

Quelques auteurs, qui s'imaginent apercevoir l'usure partout, ont cru que ce contrat, lorsque la valeur de la lettre de change était comptée en argent, n'était autre chose qu'un prêt d'argent que le donneur de valeur, qui compte ici en argent la valeur de la lettre de change qui lui est fournie, fait au tireur qui la lui fournit; en conséquence, ces auteurs regardent le droit de change, que le banquier reçoit du donneur de valeur, comme un intérêt usuraire de l'argent qu'il a compté au tireur, et regardent le commerce de banque comme un commerce usuraire et illicite.

Cette opinion a été universellement rejetée. On convient aujourd'hui que le contrat, qui intervient entre le tireur qui fournit la lettre de change, et celui qui la prend, et qui en donne la valeur en argent, n'est pas un contrat de prêt; que c'est, ou un contrat de vente, selon quelques auteurs, ou selon d'autres, dont l'opinion est la plus plausible, un contrat d'échange; en conséquence, que le droit de change, qui est payé au banquier, n'est pas un intérêt usuraire, et que le commerce de banque, bien loin d'être un commerce illicite, est un commerce louable et utile à la société.

Il est facile d'apercevoir les différences entre ce contrat et le contrat de prêt d'argent. Le contrat de prêt d'argent se fait pour l'utilité seule de l'une des parties contractantes, qui est l'emprunteur: le prêteur ne reçoit aucune utilité de ce contrat, c'est un pur bienfait qu'il fait à l'emprunteur: ce contrat est de la classe des contrats bienfaisans. Au contraire, le contrat, par lequel l'une des parties donne son argent qu'elle a ici, en échange de l'argent qu'on lui donne à recevoir dans un autre lieu, par le moyen de la lettre de change, est un contrat intéressé de part et d'autre, qui se fait pour

l'utilité réciproque des deux contractans; car, lorsque je vous donne mon argent ici pour une lettre de change que vous me donnez à la place, je ne vous le donne pas tant pour vous faire plaisir, que pour mon utilité particulière; parce que j'ai plus besoin de l'argent que vous me donnes à recevoir dans le lieu où la lettre de change est tirée, que de celui que je vous donne ici; comme vous avez plus de besoin de celui que je vous donne ici, que de celui que vous me donnes à recevoir dans un autre lieu.

Il y a encore d'autres différences. Le contrat de prêt d'argent est un contrat *réel*, qui ne reçoit sa perfection que lorsque l'argent est compté : c'est un contrat *unilatéral*, par lequel il n'y a que l'un des contractans, c'est-à-dire l'emprunteur, qui s'oblige envers l'autre. Au contraire, le contrat, qui intervient entre celui qui fournit la lettre de change et celui qui la reçoit, est un contrat *consensuel*, qui est parfait par le seul consentement des contractans; car aussitôt que nous sommes convenus que vous me fourniriez une lettre de change de tant, sur un tel lieu, et que je vous compterais ici tant pour la valeur d'icelle, le contrat, quoiqu'il n'ait pas reçu encore de part ni d'autre son exécution, est parfait; vous êtes dès lors obligé à me fournir la lettre, comme, de mon côté, je suis obligé à vous en compter la valeur.

Il résulte aussi de ceci, que ce contrat est un contrat synallagmatique, différent encore en cela du contrat de prêt d'argent, qui est unilatéral.

52. Le contrat, qui intervient entre le tireur qui fournit la lettre de change, et celui qui en donne la valeur en argent, n'étant pas un contrat de prêt, il suit de là que le droit de change qu'on paie, par ce contrat, quelquefois à un banquier, à cause de l'argent qu'il vous donne pour une lettre de change, ne peut passer pour un intérêt usuraire, l'usure proprement dite ne pouvant se contracter que dans les contrats de prêt.

Pour savoir ce que c'est que ce droit de change qui se paie aux banquiers, il faut savoir que dans les villes de commerce, les lettres de change sur une certaine ville gagnent quelquefois sur l'argent, et quelquefois c'est l'argent qui gagne sur les lettres de change.

Cette différence du prix de l'argent et des lettres de change, vient de l'abondance ou de la rareté des remises ou des traites. Par exemple, si à Lyon, dans le temps que la négociation se fait, les négocians de Lyon ont beaucoup d'argent à remettre à Marseille à leurs correspondans, et peu à en tirer; en ce cas, il y aura beaucoup plus de personnes qui chercheront à troquer leur argent contre des lettres de change sur Marseille, qu'il n'y en aura qui demanderont à troquer leurs lettres de change sur Marseille pour de l'argent; par conséquent le besoin des lettres de change sur Marseille étant plus grand que celui de l'argent, les lettres de change gagneront quelque chose sur l'argent, *putà*, un ou demi pour cent; pour avoir une lettre de change de 1,000 livres sur Marseille, il faudra donner au banquier qui vous la fournit 1,010 livres ou 1,005 livres, suivant le cours de la place. Au contraire, si, au temps de la négociation, les négocians de Lyon ont peu d'argent à remettre à Marseille, et beaucoup à en tirer, il y aura beaucoup plus de personnes qui chercheront à troquer leurs lettres de change sur Marseille pour de l'argent, qu'il n'y en aura qui demanderont à troquer leur argent contre des lettres sur Marseille : c'est pourquoi, en ce cas, l'argent devra gagner sur les lettres; et le banquier, qui me donnera de l'argent pour une lettre de change sur Marseille, que je lui donnerai, retiendra pour le droit de change un ou deux pour cent, suivant le cours de la place.

Ce droit de change qu'il retient, n'est pas un intérêt de l'argent qu'il me compte, mais une espèce de soulte ou retour, de ce qu'au temps de la négociation, suivant le cours de la place, l'argent vaut de plus que les lettres de change sur Marseille. S'il exigeait de moi un droit de change plus fort que le cours de la place, il commettrait une injustice qui ne serait pas proprement une usure, l'usure ne pouvant se commettre que dans le contrat de prêt; mais ce serait une autre espèce d'injustice, semblable à celle que commet celui qui vend une chose plus qu'elle ne vaut.

Observez en passant, que, dans les négociations des lettres de change sur les pays étrangers, il se rencontre une bien plus grande variété entre le prix de l'argent et celui des lettres de change, parce qu'elle provient non seulement de l'abondance ou de la rareté des remises ou des traites, mais encore de la variété des monnaies, ce qui donne lieu quelquefois à des droits de change plus forts.

Observez aussi que le juste prix du change, au cours de la place, ne consiste pas dans un point fixe; il suffit qu'il n'excède pas le plus fort, et qu'il ne soit pas au-dessous du plus faible droit de change qu'on prenait communément au temps de la négociation.

53. Il n'est pas douteux, comme nous venons de le voir, que c'est, dans le for de la conscience, une injustice semblable à celle que commet un vendeur qui vend au-delà du juste prix, lorsqu'un banquier ou une autre personne exige un droit de change plus fort que le cours de la place; soit qu'il exige ce droit de change

à cause de l'argent qu'il donne pour une lettre de change, lorsque l'argent gagne sur les lettres; soit qu'il l'exige à cause d'une lettre qu'il donne pour de l'argent, lorsque les lettres gagnent sur l'argent.

Cette décision a surtout lieu, lorsque celui, qui a payé ce droit plus fort, ignorait le cours de la place : lorsqu'il en avait connaissance, il pourrait sembler que celui, qui a reçu un droit de change plus fort, n'a pas commis d'injustice, puisque c'est, en ce cas, une gratification que lui a bien voulu faire celui qui lui a payé ce droit plus fort, et que *volenti non fit injuria.* Cependant si celui, qui a payé ce droit de change plus fort, l'a payé à cause de l'argent qu'on lui donnait pour une lettre de change, on doit penser que ce n'est pas la volonté de gratifier le banquier, mais plutôt le besoin pressant d'argent qu'il avait, qui l'a porté à donner un droit de change plus fort que celui du cours de la place, au banquier qui a abusé de son besoin, et que le banquier est obligé à restitution pour ce qu'il a reçu de plus que le cours.

54. *Vice versâ,* c'est une injustice semblable à celle d'un acheteur qui achète au-dessous du juste prix, lorsqu'on donne un droit de change moindre que le cours de la place, soit que celui des contractans, à qui on donne ce droit de change, ignore le cours de la place, soit que le besoin pressant de l'argent qu'on lui donne sur le lieu, pour une lettre de change qu'il donne sur un autre lieu, le porte à se relâcher d'une partie de ce que, suivant le cours de la place, les lettres de change sur ce lieu gagnaient sur l'argent.

On oppose que, dans le contrat de constitution de rente, il n'est pas, à la vérité, permis de se faire constituer, pour l'argent qu'on donne, une rente plus forte que le taux légitime, mais qu'il n'y a aucune injustice dans le contrat, lorsque celui, qui donne son argent, veut bien se contenter d'une rente moindre : donc *à pari,* ce ne doit pas être une injustice de donner un droit de change moins fort que le cours de la place, quoique c'en soit une d'en exiger un plus fort.

Je réponds, 1° que le juste prix des rentes constituées, de même que celui des autres choses, est celui pour lequel elles ont coutume d'être constituées. Ce juste prix, de même que celui des autres choses, a une certaine étendue, *habet certam latitudinem;* ce n'est pas dans le seul prix du denier vingt, réglé par la loi, qu'il consiste; ce prix du denier vingt est plutôt une des extrémités du juste prix, *apex justi pretii,* qu'il n'est seul le juste prix, lequel consiste dans les différens prix pour lesquels il est d'usage, au temps du contrat, de donner l'argent à constitution, depuis le plus bas jusqu'au plus fort, que la loi ne permet pas d'excéder. Par exemple, étant assez fréquent aujourd'hui de constituer des rentes, non seulement au denier vingt, mais au denier vingt-deux, vingt-quatre et vingt-cinq, on peut dire que le juste prix des rentes est aujourd'hui depuis le denier vingt-cinq jusqu'au denier vingt; c'est pourquoi on ne peut pas dire que la rente, qui a été constituée à quelqu'un de ces taux, quoiqu'au-dessous du taux fixé par la loi, ait été vendue au-dessous du juste prix.

Quand même la rente serait constituée à un taux plus bas que le plus bas auquel, au temps du contrat, il était d'usage de constituer, et qu'en conséquence il serait vrai de dire qu'elle a été vendue pour un prix au-dessous du juste prix, le contrat ne contiendrait pas d'injustice, parce qu'en ce cas celui, qui a bien voulu se contenter d'une rente beaucoup au-dessous du taux ordinaire des contrats de constitution, a voulu faire un bienfait au constituant.

Mais lorsque celui, qui, en donnant une lettre de change qu'il a à tirer sur tel lieu, pour une somme d'argent qu'on lui compterait ici, se contente d'un droit de change beaucoup au-dessous du cours de la place, ce n'est pas dans la vue de faire un bienfait à celui avec qui il contracte, qu'il s'en contente; mais c'est le besoin pressant qu'il a de l'argent qu'on lui compte pour sa lettre de change, qui l'y fait consentir; et l'injustice de celui, qui contracte avec lui, consiste à profiter de ce besoin, pour acquérir sa lettre de change à un prix beaucoup au-dessous de celui du cours de la place.

55. Pour que le contrat de change, qui intervient entre celui qui me donne de l'argent pour une lettre de change, soit un vrai contrat de change, et non un prêt d'argent, il faut qu'il y ait remise de place en place; c'est-à-dire, il faut que la lettre de change, que je vous donne pour l'argent que vous me donnez ici, soit sur une autre ville de commerce.

Mais si, pour l'argent que vous m'avez compté ici à Orléans, je vous donnais une lettre de change adressée à mon locataire d'une maison d'Orléans, ou à mon fermier d'Artenay, pour recevoir de lui, à Noël prochain, pareille somme, quand même cette lettre serait conçue dans le style ordinaire des lettres de change, cette lettre ne serait pas une véritable lettre de change; le contrat intervenu entre nous ne serait pas un contrat de change; car ce n'est que dans le cas auquel la lettre de change est sur une autre ville de commerce, qu'on peut dire que vous avez voulu troquer votre argent que vous aviez ici, contre celui que je vous donne à recevoir dans une autre ville, dont vous avez plus de

besoin par rapport aux affaires de commerce que vous avez dans cette ville, que vous n'avez besoin de celui que vous m'avez donné ici. On ne peut pas dire de même, lorsque je vous donne à recevoir sur mon locataire d'une maison d'Orléans, pareille somme à celle que vous m'avez comptée à Orléans, que vous avez voulu troquer votre argent contre celui que je vous donne à recevoir, puisque vous ne pouvez avoir aucun intérêt d'avoir celui-là plutôt que celui que vous m'avez compté : le contrat, qui intervient entre nous, ne peut donc passer pour un troc de votre argent, contre celui que je vous donne à recevoir; ce n'est point le contrat de change, ce n'est autre chose qu'un prêt d'argent que vous me faites : la lettre, que je vous donne sur mon locataire, contient la reconnaissance de ce prêt, et l'obligation que je contracte envers vous de vous rendre, par le ministère de mon locataire, la somme d'argent que vous m'avez prêtée : d'où il suit que, si vous reteniez quelque chose pour droit de change sur la somme que vous m'avez comptée, et pour laquelle je vous ai donné une rescription sur mon locataire, ce que vous retiendriez ne pourrait passer pour un droit de change, n'étant point intervenu entre nous de contrat de change; mais ce serait un intérêt que vous auriez retenu en récompense du prêt que vous m'avez fait, lequel intérêt est illicite et usuraire; et en conséquence vous n'avez droit d'exiger la somme, que je vous ai donnée à recevoir, que sous la déduction de ce que vous avez retenu sur celle que vous m'avez comptée.

56. Par la même raison, toutes les fois que celui, qui donne ici de l'argent pour une lettre de change sur un autre lieu, sait que cette lettre reviendra à protêt ici, et que l'argent lui sera rendu ici; *putà*, s'il sait que la personne, sur qui la lettre est tirée, n'est ni le débiteur, ni le correspondant du tireur; le contrat, en ce cas, n'est qu'un simple prêt d'argent que ce banquier fait au tireur, déguisé sous la fausse apparence d'un contrat de change, et en conséquence le droit de change, que ce banquier a reçu de celui à qui il a donné de l'argent pour cette lettre de change imaginaire, et les droits de rechange qu'il se serait fait payer faute de paiement de la lettre de change, ne peuvent être regardés que comme des intérêts usuraires que ce banquier ne peut pas retenir en conscience.

57. De là naît la question, si le contrat de change, que les Italiens appellent *il cambio con la ricorsa*, est un vrai contrat de change, ou s'il doit être considéré comme n'étant qu'un prêt d'argent, et si en conséquence le droit de change, qui a été payé au banquier, ne doit pas être regardé comme un intérêt usuraire. Voici l'espèce. Matthieu, banquier à Paris, donne à Paris une somme d'argent à Pierre, négociant, pour une lettre de change que Pierre lui donne sur Jacques, de Lyon. Jacques étant le correspondant de l'un et de l'autre, la lettre de change porte : *Vous paierez à vous-même*. Jacques, à qui Matthieu envoie la lettre, porte la somme au compte de Matthieu, comme l'ayant reçue pour ledit Matthieu, de lui-même Jacques; et il la porte au compte de Pierre comme l'ayant payée pour Pierre et en acquit de Pierre. Depuis, Jacques, qui, comme correspondant de Matthieu, a des fonds à lui remettre, envoie à Matthieu une lettre de change sur Pierre, qui est débiteur envers Jacques de la lettre de change que Jacques a acquittée pour lui. On demande si, dans cette espèce, dans laquelle l'argent que Matthieu a compté à Pierre à Paris se trouve lui être rendu à Paris par Pierre, le contrat de change, qui est intervenu entre Matthieu et Pierre, est un contrat de change sérieux et véritable, ou si c'est un prêt d'argent déguisé, et si en conséquence ce qui a été payé pour prétendu droit de change, est un intérêt usuraire. Cela dépend de l'intention qu'ont eue les parties. Si Matthieu n'avait pas besoin de lettre de change sur Lyon, où il avait des fonds, en ce cas le contrat de change, qui est intervenu entre Pierre et lui, n'est dans la véritable intention des parties, qu'un prêt d'argent, qui n'a été enveloppé d'un contrat apparent de change, que pour que Matthieu retirât sous le nom de droit de change, un intérêt de l'argent qu'il prêtait. Mais si Matthieu avait effectivement besoin de fonds à Lyon, lors du contrat de change, et que ce ne soit que par des circonstances survenues depuis le contrat, que, par la suite, il a tiré de Lyon l'argent que Pierre lui avait donné à recevoir à Lyon, en ce cas le contrat de change ayant été sérieux, le droit de change qu'il a reçu est licite.

§ II. DES OBLIGATIONS QUE CONTRACTE LE TIREUR PAR LE CONTRAT DE CHANGE QUI INTERVIENT ENTRE LUI ET LE DONNEUR DE VALEUR.

58. L'obligation principale et primitive, que le tireur contracte par ce contrat de change envers l'autre contractant, est de lui faire payer, par le moyen d'une lettre de change, au temps et au lieu convenus, l'argent qu'il lui a donné à recevoir en échange de l'argent ou autre valeur de la lettre qu'il a reçue ou qu'il doit recevoir ici de lui.

Le tireur, par ce contrat, s'oblige envers l'autre partie de lui faire donner au temps et au lieu convenus, non pas précisément et déterminément tels sacs d'argent qu'il a fait remettre pour cet effet à celui sur qui la lettre est tirée,

mais une certaine somme d'argent; il se rend débiteur, *non certorum corporum*, *sed quantitatis*. C'est pourquoi, s'il arrivait que celui, sur qui la lettre est tirée, vînt à perdre par une force majeure les fonds qui lui ont été remis par le tireur pour l'acquittement de la lettre de change, *putà*, par le pillage de sa maison dans une sédition; le tireur ne serait pas pour cela libéré de son obligation : car le principe que la perte de la chose due, qui survient par une force majeure, tombe sur le créancier, et libère le débiteur, n'a d'application qu'à l'égard des obligations de corps certains; mais il n'en peut avoir à l'égard des obligations d'une somme d'argent, à l'égard desquelles au contraire la loi 11, *Cod. si cert. pet.*, dit : *Incendium ære alieno non exuit debitorem*. *Voyez* notre Traité des obligations, *n.* 658.

59. De l'obligation principale, que le tireur contracte envers l'autre partie, de lui faire payer au temps et au lieu convenus une certaine somme d'argent par le moyen d'une lettre de change, dérivent, 1° l'obligation de lui fournir la lettre de change; 2° celle des dommages et intérêts, au cas qu'elle ne soit pas acquittée à l'échéance, ou de la restitution de la valeur qui a été donnée, au choix du donneur de valeur.

60. A l'égard de l'obligation de fournir la lettre de change, celui, envers qui elle est contractée, ne peut régulièrement en demander l'exécution, s'il n'offre d'accomplir de son côté son obligation, et de payer la valeur qu'il s'est obligé de donner : car c'est un principe général dans tous les contrats synallagmatiques, que l'un des contractans n'est pas recevable à demander que l'autre s'acquitte envers lui de son obligation, s'il n'est prêt lui-même à s'acquitter de la sienne.

Cette décision a lieu, lorsque la convention ne porte pas quand la valeur sera fournie par celui à qui en doit fournir la lettre de change; car, en ce cas, il doit fournir la valeur en même temps qu'on lui fournit la lettre.

Mais s'il était convenu que celui, à qui on doit fournir la lettre de change, ne paierait la valeur que dans un certain temps, ou après que la lettre de change aura été acceptée, ou après qu'elle aura été payée; en ce cas, celui, qui la doit fournir, ne pourrait pas se dispenser de la fournir, quoique la valeur ne lui en fût pas offerte.

61. Pourrait-il au moins demander caution à celui à qui il la doit fournir, s'il ne se fiait pas à sa solvabilité? Non. C'était lorsqu'il a contracté avec lui qu'il devait s'informer de sa solvabilité : l'ayant une fois reconnu solvable, ayant une fois suivi sa foi, il ne peut plus s'en départir.

Néanmoins, si, depuis la convention, il était survenu quelque changement considérable et marqué dans la fortune de celui à qui il a promis de fournir la lettre de change, celui, qui la doit fournir, pourrait, en ce cas, exiger, avant de satisfaire à son obligation, qu'on lui donnât caution de la valeur.

62. Le second chef d'obligation, que contracte par ce contrat de change *le tireur* envers *le donneur de valeur*, est l'obligation des dommages et intérêts *du donneur de valeur*, à défaut de paiement de la lettre à son échéance, ou de la restitution de ce qui a été donné par la lettre, au choix *du donneur de valeur :* c'est ce qui résulte de la loi 5, § 1, ff. *de præscr. verb. In quâ actione* (qui naît du contrat d'échange contre celui qui n'accomplit pas de son côté le contrat), *id veniet, non ut reddas quod acceperis, sed ut damneris mihi quanti interest meâ illud de quo convenit accipere; vel ci meum recipere velim, repetatur quod datum est, quasi ob rem datum, re non secutâ*.

63. Ces dommages et intérêts ne doivent pas, néanmoins, s'étendre à tout ce que celui, à qui la lettre a été fournie, prétend avoir souffert en manqué de gagner par défaut de paiement de la lettre; mais ils doivent se borner à ce qui est réglé par l'Ordonnance de 1673.

Par exemple, si vous m'avez fourni une lettre de change sur une telle ville, payable au temps d'une certaine foire, et que, faute de recevoir la somme portée par cette lettre, je n'aie pu faire les emplettes que je me proposais de faire à cette foire, je ne pourrai pas prétendre contre vous, par forme de dommages et intérêts, l'estimation du profit qu'il y eût eu à faire sur ces emplettes; mais je dois me borner à ce qui a été réglé à cet égard par l'Ordonnance de 1673; savoir, qu'en cas de protêt, c'est-à-dire, de défaut de paiement de la lettre de change, le tireur, qui l'a fournie, soit obligé de rendre et payer à celui à qui il l'a fournie, 1° la somme principale portée par la lettre de change; 2° celle qu'il a reçue pour droit de change au cas qu'il en ait reçu un; 3° les intérêts de ces deux sommes, qui commencent à courir de plein droit contre lui du jour du protêt, même avant qu'il ait été donné aucune demande; *Ordonnance de* 1673, *tit.* 6, *art.* 7; 4° les frais de protêt et autres procédures dont il sera parlé *infrà ;* 5° les frais du voyage que celui, à qui la lettre a été fournie, a fait au lieu où elle était payable, pour y faire ses affaires, qu'il n'a pu faire faute de paiement de ladite lettre. Il doit, pour pouvoir prétendre le remboursement des frais de voyage, affirmer en justice, s'il en est requis, qu'il a fait le voyage pour recevoir le paiement de la lettre, et qu'il ne l'eût pas fait s'il eût su qu'elle ne fût pas payée.

Observez que les intérêts de la somme à laquelle montent les frais de protêt et de voyage, ne lui sont dus que du jour de la demande qu'il en a faite.

64. 6° Celui, qui a fourni la lettre de change, doit quelquefois rembourser *le rechange* à celui à qui il l'a fournie.

Pour savoir ce que c'est que *ce rechange*, il faut observer que celui, à qui la lettre a été fournie, peut, en cas de refus de paiement de la lettre, après avoir fait son protêt, prendre d'un banquier du lieu où la lettre était payable, une somme d'argent pareille à celle portée par la lettre qui n'a pas été acquittée, et donner à ce banquier, en échange de l'argent qu'il reçoit de lui, une lettre de change de cette somme tirée à vue sur celui qui lui avait fourni la sienne, ou sur quelque autre personne.

Si, pour avoir cet argent en échange de cette lettre, il a payé à ce banquier un droit de change, parce que l'argent alors gagnait sur les lettres, ce droit de change, qu'il a payé à ce banquier pour avoir l'argent dont il avait besoin, est ce qu'on appelle *le rechange*, dont il doit être remboursé par celui qui lui a fourni la lettre dont en lui a refusé le paiement.

Celui, à qui la lettre a été fournie, pour pouvoir se faire rembourser de ce rechange, est tenu de justifier, par des pièces valables, qu'il a pris de l'argent dans le lieu auquel la lettre qui lui a été fournie était tirée; *Ordonnance de* 1673, *tit.* 6, *art.* 7.

L'intérêt de ce rechange ne lui est dû que du jour de la demande; *art.* 7.

65. La lettre de change, qu'il donne au banquier pour de l'argent qu'il reçoit de lui, doit être tirée sur le lieu où s'est faite la remise de celle qui a été protestée : quand il l'a tirée sur un lieu plus éloigné, et qu'il a en conséquence payé un rechange plus fort, que n'eût été celui qu'il eût payé si la lettre eût été tirée sur le lieu où s'est faite la remise de la lettre protestée, il ne peut demander au tireur de la lettre protestée, le remboursement de ce rechange, que jusqu'à concurrence de ce qui en eût été payé, si la lettre eût été tirée sur le lieu où s'est faite la remise de la lettre protestée.

66. S'il n'y avait pas de commerce entre le lieu où la lettre a été protestée et où il a été obligé de prendre de l'argent, et celui où la remise en a été faite, de manière qu'il n'eût pu trouver de l'argent pour une lettre de change sur ce lieu; comme il ne doit pas être réduit à l'impossible, il doit lui être permis d'en tirer une sur un autre lieu : mais il doit, en ce cas, *arbitrio boni viri*, choisir le lieu le plus commode à celui qui lui a fourni la lettre protestée, et lui ménager autant qu'il pourra les frais du rechange : car l'équité veut qu'en nous procurant notre indemnité, nous le fassions de la manière la moins onéreuse à celui qui nous la doit.

67. Lorsque celui, à qui la lettre a été fournie, l'a endossée au profit d'un tiers, le tireur, en cas de protêt faute de paiement, est tenu d'indemniser celui à qui il l'a fournie, de tout ce dont celui-ci est tenu envers celui au profit de qui il l'a endossée, tant en principal qu'intérêts et frais, et en outre les frais par lui faits pour dénoncer les poursuites faites contre lui au tireur.

Néanmoins, si j'avais négocié dans un lieu plus éloigné la lettre de change qui m'a été fournie, et que la lettre de change ayant été protestée faute de paiement, le propriétaire de la lettre eût, au lieu où elle était payable, pris de l'argent d'un banquier, pour une lettre de change qu'il aurait tirée sur le lieu éloigné où la remise m'a été faite de la valeur de la lettre protestée, ce qui aurait produit un gros droit de rechange que je suis tenu de rembourser, celui, qui m'a fourni la lettre, ne serait tenu de m'en indemniser que jusqu'à concurrence de ce qui eût été donné pour le rechange d'une lettre de change sur le lieu où je lui ai fait la remise de la valeur de la lettre protestée qu'il m'a fournie, à moins qu'il ne m'eût donné par écrit la permission de la négocier sur le lieu où je l'ai négociée, ou indéfiniment sur tel lieu que bon me semblerait. C'est ce qui est décidé par l'Ordonnance de 1673, *tit.* 6, *art.* 5 et 6; car sans cela, le tireur, qui m'a fourni la lettre, est censé n'avoir pas entendu qu'elle serait négociée sur des lieux éloignés, ni par conséquent avoir voulu se soumettre, en cas de protêt, au coût des gros rechanges auxquels cette négociation donnerait lieu.

Ceci s'éclaircira par un exemple. *Finge*. Denis, négociant de Paris, m'a fourni une lettre de change sur Georges de Rouen : j'ai négocié cette lettre, et j'en ai passé l'ordre au profit de Conrad, négociant de Hambourg, qui en a remis la valeur à mon correspondant. Le correspondant de Conrad s'étant présenté à l'échéance à Georges de Rouen, qui a fait refus de payer, il a fait son protêt, et il a pris de l'argent d'un banquier de Rouen pour une lettre de change qu'il lui a donnée, tirée sur mon correspondant de Hambourg : il a payé au banquier qui lui a donné de l'argent pour une lettre tirée sur Hambourg, un gros rechange. J'ai été obligé de faire acquitter cette lettre, et de rembourser à Conrad, outre les frais de protêt et de dénonciation, le rechange que son correspondant a payé au banquier de Rouen; mais je ne pourrai pas me faire rembourser par Denis de Paris, qui m'a fourni la lettre, ce rechange que j'ai été obligé de rembourser à Conrad de Hambourg, si ce

n'est seulement jusqu'à concurrence de ce qu'il en eût coûté pour le rechange, si la lettre eût été tirée sur Paris où j'ai fait la remise à Denis de la valeur de celle qu'il m'a fournie, et qui a été protestée; à moins que Denis, lorsqu'il m'a fourni cette lettre, ne m'eût expressément permis de la négocier sur Hambourg, ou indéfiniment; *tit.* 6, *art.* 6.

68. Le donneur de valeur, en cas de défaut de paiement de la lettre qui lui a été fournie, peut, selon la nature du contrat d'échange, comme nous l'avons déjà ci-dessus observé, répéter, si bon lui semble, au lieu de ses dommages et intérêts, ce qu'il a donné pour la valeur de la lettre qui lui a été fournie, *condictione ob rem datam re non secutâ.*

Si ce sont des marchandises qu'il a données pour la valeur de la lettre, qu'elles soient encore en nature, et en la possession du tireur qui lui a fourni une lettre, il a un privilége sur lesdites marchandises contre tous les autres créanciers du tireur.

69. C'est le refus, que fait d'acquitter la lettre celui sur qui elle est tirée, qui donne ouverture à ces actions contre le tireur; et il y donne ouverture, soit que le paiement en ait été requis par le donneur de valeur, qui était encore propriétaire de la lettre lors de l'échéance, soit qu'il l'ait été par un cessionnaire médiat ou immédiat de la lettre de change, au profit de qui le premier donneur de valeur, ou son successeur, l'aurait endossée : car le tireur s'est obligé envers le premier donneur de valeur de faire payer la lettre de change, soit à lui, soit à celui qui aurait l'ordre de lui; et le refus fait à celui au profit de qui la lettre a été endossée, est censé fait au premier donneur de valeur, qui a intérêt qu'elle soit payée à celui à qui il l'a endossée, s'étant obligé envers lui de la lui faire payer. Mais quoique, par le refus fait au propriétaire de la lettre de change à qui elle a été endossée, l'action contre le tireur soit ouverte du chef du premier donneur de valeur, en la personne de qui elle réside; néanmoins ce n'est pas par ce premier donneur de valeur qu'elle doit être intentée, mais par le propriétaire de la lettre de change, à qui cette action est censée avoir été créée par l'endossement de la lettre qui lui a été fait.

70. Outre les deux obligations, que le tireur, par le contrat de change, contracte envers le donneur de valeur, savoir, celle de lui fournir la lettre, et celle de la faire acquitter à l'échéance, il en contracte encore une troisième, lorsque la lettre n'est payable qu'au bout d'un certain temps : savoir, celle de la faire, en attendant, accepter par celui sur qui elle est tirée : faute par lui de pouvoir satisfaire à cette obligation, par le refus que ferait d'accepter la lettre celui sur qui cette lettre est tirée, il est obligé de donner caution au donneur de valeur de faire acquitter la lettre à l'échéance au lieu où elle est payable, sinon de rendre la valeur qu'il a reçue et les frais. La raison de cela, c'est que l'acceptation de celui sur qui la lettre est tirée, est une sûreté sur laquelle celui, à qui la lettre a été fournie, comptait lors du contrat qui est intervenu entre lui et le tireur : le tireur ne pouvant la lui procurer, il doit lui donner une sûreté équivalente, en lui donnant cette caution.

71. Il y a un cas particulier dans lequel la lettre de change est aux risques du donneur de valeur, et dans lequel il n'a, à défaut de paiement, aucun recours contre le tireur; c'est celui dans lequel le donneur de valeur a répondu au tireur de la solvabilité de celui sur qui la lettre est tirée, pour la somme qui est tirée sur lui. C'est ce qui paraîtra dans l'espèce suivante. Paul a donné à Pierre à Orléans une somme de 1,000 livres, pour une lettre de change de pareille somme, que Pierre s'est obligé de lui donner sur Lyon. Pierre n'ayant point de correspondant à Lyon pour faire compter à Lyon cette somme à Paul, Paul lui a indiqué Jacques, qui est le sien; et par une lettre d'avis, Paul a prié Jacques de rendre cet office à Pierre, dont il lui a certifié et garanti la solvabilité : en conséquence, Pierre a donné à Paul une lettre de change sur Jacques de Lyon, conçue en ces termes : *M. Jacques, vous paierez à Paul, ou à son ordre, la somme de mille livres, valeur reçue comptant dudit Paul;* et Paul a écrit au dos : *pour moi paierez à vous-même.* Jacques a acquitté la lettre en se rendant au compte qu'il a avec Paul, débiteur de cette somme de 1,000 livres, comme l'ayant reçue pour lui; et au compte de Pierre, il s'est porté créancier de Pierre pour la même somme, comme ayant acquitté pour lui la lettre de change. Par la suite Jacques, pour être payé des 1,000 livres que lui doit Pierre, et pour s'acquitter en même temps envers Paul de pareille somme qu'il lui doit, envoie à Paul une lettre de change tirée sur Pierre. Si Paul n'en peut être payé à l'échéance, par l'insolvabilité de Pierre, il ne peut avoir aucun recours contre Jacques, tireur de cette lettre, qui la lui a fournie. La raison est que Jacques n'ayant avancé une somme de 1,000 livres pour Pierre, en acquittant sa lettre de change, qu'à la prière de Paul, Paul doit répondre à Jacques, *actione mandati contrariâ,* des 1,000 livres qui lui sont dues par Pierre.

§ III. DES OBLIGATIONS QUE CONTRACTE LE DONNEUR DE VALEUR PAR LE CONTRAT DE CHANGE.

72. L'obligation principale, que contracte le

donneur de valeur, est de payer la valeur de la lettre de change qui lui est fournie : il doit la payer en même temps que la lettre lui est fournie, sans attendre qu'elle ait été acceptée ou acquittée, à moins qu'il n'en ait été convenu autrement. Néanmoins, s'il était arrivé, depuis la convention, un changement de fortune considérable, soit dans la personne de celui qui lui a fourni la lettre, soit dans celle sur qui elle est tirée, il pourrait exiger que, pour la valeur qu'il paierait, on lui donnât caution que la lettre serait acquittée.

73. De l'obligation, que contracte le donneur de valeur, naît une action que celui, qui a fourni ou qui doit fournir la lettre de change, a contre lui pour s'en faire payer la valeur.

Il a pour cette action un privilége sur la lettre qu'il a fournie, semblable à celui qu'un vendeur a sur la chose qu'il a vendue, pour le prix qui lui en est dû. C'est pourquoi, si celui, à qui la lettre a été fournie et qui en doit la valeur, venait à faire faillite, et que la lettre fût trouvée sous les scellés de ses effets ; quoique la lettre exprime, *valeur reçue comptant*, celui, qui l'a fournie, pourrait, en rapportant le billet de celui à qui il l'a fournie, par lequel il paraîtrait que la valeur lui en est due, exercer son privilége sur cette lettre contre les créanciers du failli à qui il l'a fournie, et s'en faire accorder la récréance.

Il peut aussi la saisir et arrêter entre les mains de celui qui en est le porteur, pourvu que ce soit son débiteur à qui il l'a fournie, qui en soit encore le propriétaire.

Mais si, avant qu'elle ait été saisie, il l'a endossée au profit d'un autre, celui, qui la lui a fournie, ne peut plus la saisir pour la valeur qui lui en est due, et son privilége s'éteint : car c'est un principe commun à tous les effets mobiliers, du nombre desquels sont les lettres de change, que le privilége qu'un créancier a sur ces effets ne dure qu'autant qu'ils appartiennent à son débiteur : de là, cette maxime, *meubles n'ont pas de suite.*

74. Celui, à qui la lettre est fournie, s'oblige encore envers le tireur qui la lui fournit, à présenter la lettre, au temps de l'échéance, à celui sur qui elle est tirée, à faire constater par le protêt le refus qu'il ferait de l'acquitter, et à dénoncer ce refus au tireur, afin que ce tireur puisse prendre ses mesures pour faire payer celui sur qui la lettre est tirée, au cas qu'il soit son débiteur, ou qu'il ait des fonds à lui. Cette obligation de celui à qui la lettre est fournie, résulte d'une espèce de mandat dont il se charge envers le tireur qui lui a fourni la lettre, lequel est accessoire au contrat de change qui se fait entre eux. Faute de remplir cette obligation, il est responsable de la perte que souffrirait le tireur, des fonds que ledit tireur avait chez celui sur qui la lettre est tirée pour l'acquittement de la lettre ; ce qui rend celui, à qui la lettre a été fournie, non recevable à en demander le paiement à celui qui la lui a fournie, comme nous le verrons ci-après au chapitre suivant.

75. Celui, à qui la lettre a été fournie, quoiqu'il ait grand intérêt de la faire accepter, ne s'oblige pas néanmoins envers le tireur qui la lui a fournie, à la faire accepter; et faute de l'avoir fait, il n'est pas déchu de son action de garantie contre lui, lorsque la lettre a été protestée faute de paiement au jour de l'échéance ; *Savary, Parer*. 42.

§ IV. SI LE CONTRAT DE CHANGE, QUI EST INTERVENU ENTRE LE TIREUR ET LE DONNEUR DE VALEUR, PEUT SE RÉSOUDRE OU RECEVOIR QUELQUE CHANGEMENT SANS LE CONSENTEMENT DES DEUX PARTIES.

76. Le contrat de change, qui intervient entre le tireur et le donneur de valeur, étant, de même que tous les autres contrats, formé par le concours des volontés des deux parties contractantes, ne peut se résoudre ni pour le tout, ni pour partie, que par le concours des volontés des deux parties. C'est pourquoi, de même que dans les contrats ordinaires d'échange, je ne puis vous obliger, si vous n'y consentez, à me rendre la chose que je vous ai donnée en échange, aux offres de vous rendre celle que j'ai reçue de vous, ou de vous décharger de l'obligation de me la donner, si je ne l'ai pas encore reçue; de même dans ce contrat, le donneur de valeur qui a contracté avec le tireur, ne peut obliger le tireur à lui rendre l'argent qu'il lui a donné pour la valeur de la lettre de change, aux offres de lui rendre la lettre, tant que celui, sur qui elle est tirée, n'est pas en demeure de l'acquitter.

77. Quand même le donneur de valeur aurait perdu, soit par sa faute, soit même sans sa faute, la lettre qui lui a été fournie, il ne pourrait pas, pour cela, obliger le tireur de consentir à la résolution du contrat, et de lui rendre la somme qu'il lui a donnée pour la valeur de la lettre, aux offres de donner quittance au tireur, et une reconnaissance que la lettre de change demeurerait nulle, au cas qu'elle fût retrouvée. Le tireur n'est, en ce cas, obligé à autre chose qu'à lui fournir un second exemplaire de la lettre de change.

Quand même le tireur aurait, en ce cas, consenti à la résolution du contrat, il ne serait tenu de rendre l'argent qu'il a reçu pour la valeur de la lettre, qu'après qu'il aurait eu le temps d'écrire à celui sur qui elle est tirée, pour lui donner avis de la résolution du contrat, afin

qu'il ne paie pas la lettre, si elle lui était présentée, et celui d'en avoir réponse.

78. Non seulement le contrat entre le tireur et le donneur de valeur ne peut se résoudre; il ne peut même recevoir aucun changement sans le consentement des parties. C'est pourquoi le donneur de valeur ne peut contraindre le tireur à lui donner, à la place de la lettre de change qu'il lui a donnée, une autre lettre de change sur un autre lieu, ou sur une autre personne du même lieu.

Mais si les changemens demandés sont des changemens qui n'intéressent que le donneur de valeur, et qui ne peuvent intéresser en rien le tireur, le tireur ne peut les refuser, suivant ce premier principe de l'équité naturelle, que nous sommes obligés de faire à notre prochain le plaisir qu'il nous demande, lorsqu'il ne nous coûte rien. Par exemple, si vous m'avez donné une lettre de change sur Lyon à l'ordre de Jean, qui était alors mon correspondant, et qu'ayant changé de correspondant, je demande que vous me passiez à sa place une autre lettre à l'ordre d'Irénée, mon nouveau correspondant, vous ne pouvez pas me le refuser, parce que cela vous est tout-à-fait indifférent.

ARTICLE II.

Des contrats entre l'endosseur et celui à qui il passe son ordre.

79. Nous avons vu, au chapitre dernier, qu'il y avait différentes espèces d'endossemens et d'endosseurs. Le contrat, qui intervient entre l'endosseur et celui à qui il passe son ordre, est différent selon ses différentes espèces.

L'endossement, par lequel l'endosseur, propriétaire de la lettre de change, passe son ordre à une personne qui lui en compte la valeur au lieu où se fait l'endossement, est un vrai contrat de change, par lequel celui, à qui l'ordre est passé, échange l'argent qu'il donne à l'endosseur dans le lieu où se fait l'endossement, contre l'argent que l'endosseur s'oblige de son côté de lui faire recevoir dans le lieu où est tirée la lettre de change qu'il lui remet.

Ce contrat est entièrement semblable à celui qui intervient entre le tireur et le donneur de valeur.

Il produit entre l'endosseur et celui à qui l'ordre est passé, soit en cas de refus de paiement, soit en cas de refus d'acceptation, les mêmes obligations et les mêmes actions que la lettre de change produit entre le tireur et le donneur de valeur. Tout ce que nous en avons dit dans l'article précédent, reçoit ici application.

80. Outre ce contrat de change, cet endossement contient une cession et transport de la lettre de change que l'endosseur fait à celui à qui il passe son ordre, et de tous ses droits et actions, tant contre ceux qui l'ont fournie, que contre celui sur qui elle est tirée, lorsqu'il l'a acceptée.

C'est pourquoi, en cas de refus de paiement et de protêt de la lettre de change, le propriétaire non seulement a l'action qu'il a de son chef contre le dernier endosseur qui lui a passé son ordre, laquelle naît du contrat d'échange intervenu entre cet endosseur et lui, que l'endossement renferme; mais il a encore les actions que cet endosseur avait contre les précédens endosseurs et contre le tireur, lesquelles sont censées lui avoir été cédées par l'endossement fait à son profit, comme nous venons de le dire, et auxquelles le refus, qui lui est fait d'acquitter la lettre, donne ouverture, comme nous avons vu *suprà*, *n*. 62.

81. C'est une chose particulière à la cession qui se fait par l'endossement d'une lettre de change, que, par cette cession, celui, au profit de qui l'ordre est passé, entre dans tous les droits et actions de l'endosseur, dès l'instant de l'endossement, et sans qu'il soit besoin qu'il en fasse aucune signification à celui sur qui la lettre est tirée, ni à quelque autre personne que ce soit; *Ordonnance de* 1673, *tit*. 5, *art*. 24. C'est une exception à la règle générale, qu'un transport ne saisit, s'il n'est signifié, que nous avons établie en notre *Traité du contrat de vente*.

Pour que l'endossement opère de plein droit ce transport, il faut qu'il soit revêtu des formes prescrites par l'Ordonnance : nous en avons parlé *suprà*, *n*. 38 et 39.

Quoique, par la déclaration du 18 novembre 1702, toutes cessions et transports faits par quelqu'un dans les dix jours avant sa faillite, soient de nul effet, néanmoins l'endossement fait la veille de la faillite de l'endosseur, est valable, et il transporte tous les droits résultans de la lettre de change à celui au profit de qui il a été passé, et qui en a payé de bonne foi la valeur; c'est ce qui m'a été attesté par plusieurs négocians très expérimentés, et par des banquiers. La raison, pour laquelle l'usage a fait excepter cette espèce de transport de la rigueur et de la généralité des termes de la déclaration du roi, est pour ne pas donner atteinte à la foi publique sous laquelle se fait la circulation des lettres de change.

82. A l'égard de l'endossement par lequel l'endosseur passe son ordre à quelqu'un, afin qu'il reçoive la lettre pour lui, et comme son mandataire, le contrat, que cet endossement renferme, et qui se fait entre l'endosseur et celui à qui il passe son ordre, est un contrat de mandat, d'où naissent les obligations ordinaires

du mandat. En conséquence, celui, à qui l'ordre est passé, s'oblige, en sa qualité de mandataire, envers son endosseur, propriétaire de la lettre de change, à la faire accepter, si elle ne l'est pas encore; à aller, à l'échéance, recevoir le paiement de la lettre de change; à lui en remettre la valeur; comme aussi, à défaut d'acceptation ou de paiement, à faire les protêts et autres diligences requises en pareil cas. L'endosseur, de son côté, s'oblige à l'indemniser de toutes les dépenses qu'il fera pour cela.

83. Régulièrement, celui, à qui l'ordre a été passé, qui est ordinairement un banquier du lieu où la lettre de change est tirée, n'est obligé à en remettre à l'endosseur, propriétaire de la lettre, la somme qu'il a reçue pour lui comme son mandataire, qu'au lieu où il l'a reçue; ce qui est conforme au principe par nous établi en notre Traité des obligations, que le débiteur d'une somme d'argent n'est tenu de la payer qu'au lieu de son domicile, qui est celui où elle peut lui être demandée, *ubi petitur*.

Assez souvent néanmoins, par une convention particulière, le banquier, à qui l'ordre est passé, se charge de faire remettre au propriétaire de la lettre, lorsqu'il l'aura reçue, le montant de ladite lettre au lieu du domicile du propriétaire de la lettre, ou en tel autre lieu qu'il lui indique.

Le banquier exécute cette commission par une lettre de change qu'il lui fournit sur le lieu où il s'est chargé de lui remettre le montant de celle qu'il a reçue pour lui comme son mandataire.

Ceci s'éclaircira par un exemple. Aignan, d'Orléans, a acheté de Victor, de Marseille, une certaine quantité de bottes d'huile pour la somme de 1,000 écus, en paiement de laquelle il lui a donné une lettre de change sur Pierre de Lyon. Victor ayant reçu cette lettre de change, l'endosse et passe son ordre au banquier Irénée, son correspondant à Lyon, et la lui envoie, afin qu'il la reçoive pour lui; et par la lettre d'avis, il charge Irénée de lui en faire toucher le montant à Marseille. Irénée va, à l'échéance, chez Pierre, sur qui la lettre est tirée, à qui il remet la lettre et en reçoit le montant, comme mandataire de Victor qui lui en a passé l'ordre; et pour en remettre le montant à Victor, suivant la lettre d'avis, il envoie à Victor une lettre de change sur Cassien, banquier à Marseille, et correspondant dudit Irénée.

84. Cette lettre de change, par laquelle le banquier remet à l'endosseur le montant de celle qu'il a reçue pour lui, est aux risques de ce banquier. Par exemple, dans l'espèce ci-dessus proposée, si Cassien, sur qui le banquier Irénée a tiré la lettre de change qu'il a envoyée à Victor, pour lui remettre le montant de celle qu'il a reçue pour lui, ne payait pas à l'échéance, Victor, après avoir protesté la lettre, aurait recours contre Irénée; sauf à Irénée son recours pour les fonds qu'il a chez Cassien, contre ledit Cassien; et si ledit Cassien est insolvable, c'est Irénée qui souffrira de son insolvabilité.

Victor n'est pas tenu en ce cas, *actione mandati contrariâ*, d'indemniser Irénée son mandataire, de la perte qu'il a soufferte de ses fonds qu'il avait chez son correspondant Cassien; car ce n'est pas spécialement et directement pour l'affaire de Victor, mais en général pour l'exercice de son commerce de banque, qu'il avait ces fonds chez Cassien.

85. Un banquier, porteur d'une lettre de change qui m'appartenait, en a reçu le montant pour moi; mais n'ayant pas de correspondant au lieu où il doit m'en faire la remise, il porte la somme qu'il a reçue pour moi à un négociant du lieu où il l'a reçue. Le négociant lui donne à la place une lettre de change payable à mon ordre, sur le lieu où la remise doit s'en faire. Le banquier me l'envoie. Cette lettre est-elle aux risques du banquier? et si elle n'est pas acquittée, et que le tireur tombe en faillite, la perte doit-elle tomber sur mon banquier? Si c'était moi qui lui eusse indiqué ce négociant, et que ce fût par mon ordre, ou au moins de mon consentement exprès qu'il lui eût porté l'argent qu'il a reçu pour moi afin d'avoir la lettre de change, il n'y a pas de doute, en ce cas, que la perte tomberait sur moi, et que le banquier, en comptant de mon ordre l'argent à ce négociant, serait pleinement libéré envers moi, comme s'il me l'eût compté à moi-même, suivant cette règle de droit, *Quod jussu meo alicui solvitur, perindè est ac si mihi solutum esset; l.* 180, ff. *de reg. jur.* Mais si j'avais écrit à mon banquier de me faire tenir ici l'argent qu'il a reçu pour moi, sans lui désigner par qui, la lettre de change sera-t-elle à ses risques? J'ai consulté sur cette question d'anciens négocians, qui se sont trouvés d'avis contraire. L'un d'eux prétendait que le banquier était garant de la solvabilité de celui de qui il avait pris pour moi la lettre de change; qu'il ne devait s'adresser qu'à des personnes dont il fût certain de la solvabilité, et que lorsqu'il n'en était pas certain, il ne devait donner mon argent qu'après avoir eu avis que la lettre a été acquittée, et donner, en attendant, son billet. L'autre négociant, que j'ai consulté, soutient au contraire que, pourvu que la personne, à qui il a compté mon argent pour une lettre de change, fût une personne qui jouissait alors de son crédit, la lettre n'est pas aux risques du banquier, mais aux miens; à moins que, par une convention particulière entre nous, il n'eût répondu *du*

croire; c'est-à-dire de la solvabilité de la personne à qui il s'adresserait. La raison est, qu'un mandataire est quitte de son mandat, lorsqu'il ne retient rien de ce qu'il a reçu en exécution de son mandat, et qu'on ne peut lui reprocher aucune faute. Or, dans l'espèce proposée, le banquier ayant remis de bonne foi l'argent qu'il avait reçu pour moi à ce négociant, ne retient rien de ce qu'il a reçu pour moi; et il semble qu'en ne puisse lui reprocher aucune faute, puisque le négociant, à qui il a remis mon argent pour une lettre de change, jouissait alors de son crédit : il n'a fait, en lui comptant mon argent pour une lettre de change, que ce qu'un homme prudent aurait pu faire pour ses propres affaires.

86. Il est d'usage dans le contrat qui se passe entre le propriétaire de la lettre de change, et son mandataire à qui il passe son ordre pour la recevoir, d'accorder à ce mandataire une certaine somme modique, à raison de tant pour cent, afin de le récompenser, non seulement du soin qu'il doit prendre d'aller recevoir la lettre à l'échéance, mais aussi, si c'est un banquier, du risque qu'il court des fonds qu'il est obligé d'avoir chez ses correspondans dans les différens lieux, pour y faire à ceux qui lui en ont passé leur ordre, la remise du montant des lettres de change qu'il a reçues comme mandataire.

On appelle *une provision*, cette somme que l'endosseur propriétaire de la lettre donne à son mandataire à qui il a passé son ordre. Cette provision est un profit très licite du commerce de banque, pourvu qu'elle ne soit pas excessive, c'est-à-dire, pourvu que le banquier n'exige pas plus que ce qu'il est d'usage, selon le cours de la place, de recevoir en pareil cas.

87. Lorsque celui, à qui l'ordre a été passé, ne s'est chargé que de recevoir la lettre de change, et d'en tenir compte au lieu de son domicile où il a reçu l'ordre, on peut, même en ce cas, convenir qu'on lui donnera une certaine provision pour la récompense de ses peines : mais comme un tel mandat ne l'oblige pas à avoir des fonds hors de chez lui, dont il court le risque, la provision semblerait devoir, en ce cas, être beaucoup moindre que s'il était chargé de remettre les fonds dans un autre lieu.

Néanmoins on m'a dit que, dans l'un et dans l'autre cas, il était assez d'usage d'accorder une provision semblable, qui était de demi pour cent.

88. Le contrat de mandat, qui intervient entre l'endosseur et celui à qui il a passé son ordre, étant de sa nature un contrat gratuit, cette provision n'est pas due au mandataire à qui l'endosseur a passé son ordre, à moins qu'on n'en soit convenu par une convention particulière. Il n'est pas néanmoins toujours nécessaire que cette convention soit expresse; elle se présume facilement, lorsque celui, à qui l'ordre est passé, est, par état, un banquier qui est dans l'usage de se faire payer ces provisions.

89. Il nous reste à observer deux différences entre cette espèce d'endossement qui ne renferme qu'un simple mandat, et celui qui renferme un transport de la lettre de change. Dans celui-ci, celui, au profit de qui l'ordre est passé, devenant par cet endossement propriétaire de la lettre de change, peut en disposer, et passer lui-même son ordre à un autre : mais dans l'espèce d'endossement qui ne contient qu'un simple mandat, celui, au profit de qui l'ordre est passé, ne peut pas ordinairement en passer l'ordre à un autre : c'est pourquoi, dans ces espèces d'endossemens, l'endosseur s'exprime ainsi : *Pour moi paierez à un tel;* et ordinairement il n'ajoute pas, comme dans l'autre endossement, *ou à son ordre.*

L'endosseur pourrait néanmoins, s'il le jugeait à propos, accorder à son mandataire à qui il a passé son ordre, la faculté de se substituer une autre personne, en ajoutant dans l'endossement ces mots, *ou à son ordre;* et, en ce cas, le mandataire, à qui il a passé son ordre, pourrait en passer lui-même son ordre au profit d'un autre : mais l'ordre, qu'il en passerait à un autre, ne pourrait valoir que comme une simple procuration d'en recevoir le paiement de celui sur qui la lettre est tirée, quand même la lettre porterait que l'endosseur en aurait reçu la valeur comptant de celui à qui il a passé son ordre; car cet endosseur n'étant pas lui-même propriétaire de la lettre, n'en peut transférer à un autre la propriété. Voyez *Savary, Parer.* 41.

90. Une seconde différence est, que cette espèce d'endossement, qui ne contient qu'un mandat, est révocable selon la nature des mandats; c'est pourquoi l'endosseur peut demander à la personne à qui il a passé son ordre, qu'elle lui rende la lettre de change qu'il lui a remise; et comme il pourrait arriver qu'elle ne la lui rendît pas, et qu'elle allât à son échéance la recevoir, il peut, pour empêcher cela, dénoncer à celui sur qui elle est tirée, qu'il ne la paie point à la personne à qui il en a passé l'ordre, ni à d'autres, mais à lui-même.

ARTICLE III.

Du contrat qui intervient entre le tireur et celui sur qui la lettre est tirée.

91. Le contrat entre le tireur et celui sur qui la lettre est tirée, est un vrai contrat de mandat, *mandatum solvendæ pecuniæ:* il intervient et se contracte par l'acceptation que fait de la

lettre de change celui sur qui elle est tirée, ou même avant cette acceptation, par le consentement qu'il donne par lettre missive au tireur de tirer sur lui.

Ce contrat paraît aussi tacitement contracté, lorsque celui, sur qui la lettre est tirée, est un banquier qui a reçu du tireur des fonds pour accepter et acquitter ces lettres.

92. Il y a plus : tous les négocians, avec qui j'ai conféré, m'ont assuré qu'il était d'un usage constant dans le commerce, qu'un négociant créancier d'un autre négociant d'une somme liquide pour une affaire de commerce, pouvait, sans attendre un consentement exprès de son débiteur, tirer sur lui une lettre de change de cette somme, et que, faute par lui de l'acquitter, il était condamné aux frais de protêt, de rechange, etc., de même que s'il eût consenti qu'on tirât sur lui. Cet usage m'a surpris ; car les dommages et intérêts, qui résultent du défaut de paiement de la dette d'une somme d'argent, se bornent aux intérêts de cette somme ; les autres dommages et intérêts, auxquels il est condamné, faute d'acquitter la lettre tirée sur lui, tels que sont les frais de rechange, etc., ne peuvent naître que d'une autre obligation, qui est l'obligation de mandat qu'il a contractée, en consentant qu'on tire sur lui une lettre de change de la somme qu'il doit, et en se chargeant de l'acquitter : il ne peut donc pas y être condamné, s'il n'a pas consenti qu'on tirât une lettre de change sur lui. Tout ce qu'on peut dire pour justifier cette jurisprudence des consulats, est qu'étant d'usage dans le commerce qu'un négociant, qui contracte envers un autre une dette d'une somme liquide pour une affaire de commerce, consente que son créancier la tire sur lui par une lettre de change ; un négociant, en contractant une pareille dette, quoiqu'il ne soit pas expliqué que son créancier pourrait tirer sur lui une lettre de change, est censé en être tacitement convenu, suivant cette règle de droit, ***In contractibus tacitè veniunt quæ sunt moris et consuetudinis.*** Au reste, cela doit être restreint aux dettes de commerce ; le créancier de toute autre dette ne peut pas tirer une lettre de change sur son débiteur, s'il n'y a consenti.

93. Le contrat de mandat, qui intervient entre le tireur, et la personne sur qui la lettre est tirée, qui a consenti, soit expressément, soit tacitement, qu'on tirât sur elle, n'est pas différent des autres mandats ; celui, sur qui la lettre est tirée, qui est le mandataire, est obligé, ***actione mandati directâ***, d'exécuter et accomplir le mandat dont il s'est chargé. C'est pourquoi si, par une lettre, il a écrit au tireur de tirer sur lui, il est obligé d'accepter la lettre de change qu'il a consenti qu'on tirât sur lui, et ensuite de l'acquitter à l'échéance ; et faute de faire l'un ou l'autre, il est tenu envers le tireur son mandant, des dommages et intérêts que son mandant peut souffrir de l'inexécution de ce mandat, qui consistent à l'indemniser de tous les frais auxquels donneraient lieu les recours de garantie que le propriétaire de la lettre protestée et les endosseurs précédens ont contre lui.

94. Si celui, sur qui la lettre est tirée, n'avait accepté le mandat que sous condition, ***putà***, sous la condition que le mandant lui remettrait des fonds ; en ce cas, le mandant n'ayant point satisfait à la condition, et n'ayant point remis les fonds, le mandataire ne serait point obligé d'exécuter le mandat, qu'il n'a accepté que sous cette condition ; et il pourrait par conséquent ne point accepter les lettres tirées sur lui.

95. Quand même ce mandataire aurait consenti qu'on tirât sur lui, sans apposer la condition que le tireur lui remettrait auparavant les fonds ; néanmoins si, depuis ce consentement, il avait paru quelque changement de fortune dans le mandant, il pourrait se dispenser d'accepter les lettres, jusqu'à ce que les fonds lui fussent remis ; mais il doit en donner avis au mandant, et ne pas attendre qu'il tire sur lui, pour ne le pas exposer à des protêts et recours, faute d'acceptation.

96. Quand même il aurait les fonds, il ne doit pas accepter les lettres depuis que la faillite du tireur est ouverte ; car, depuis ce temps, un créancier du tireur ne doit pas être payé préférablement aux autres. *Scacc.* § 2, *gl.* 5, *n.* 390.

97. Telles sont envers le tireur les obligations de celui sur qui la lettre est tirée, obligations qui naissent du mandat.

D'un autre côté, le tireur qui est le mandant, s'oblige envers l'acceptant sur qui il a tiré la lettre, à l'indemniser de tout ce qu'il lui en coûtera pour l'exécution du mandat.

De cette obligation du tireur naît l'action ***mandati contraria***, que l'accepteur a contre le tireur ;

1° A l'effet d'être remboursé par le tireur de la somme qu'il a avancée pour lui pour l'acquittement de la lettre de change.

L'accepteur n'aurait pas cette action, si les fonds lui avaient été remis par le tireur, ou s'il était débiteur du tireur d'autant ou de plus ; mais au moins, en ce cas, le tireur s'oblige envers l'accepteur son débiteur, de ne point exiger de lui, avant l'échéance de la lettre, la somme qu'il lui doit, qui doit tenir lieu à l'acceptant de sûreté de l'indemnité de l'obligation qu'il a contractée pour le tireur par l'acceptation,

De là il suit que les créanciers du tireur ne pouvant avoir plus de droit que leur débiteur, ne peuvent arrêter sur l'accepteur ce qu'il doit au tireur jusqu'à concurrence de la somme portée par la lettre qu'il a acceptée.

98. 2° Lorsque l'accepteur, n'ayant pas reçu les fonds nécessaires que le tireur devait lui remettre pour l'acquittement de la lettre, ne l'a pas acquittée à son échéance, et en conséquence a été poursuivi par le propriétaire de la lettre; l'accepteur peut aussi, par l'action *mandati contraria*, demander au tireur qu'il l'acquitte de tous les frais de poursuites, pourvu qu'il les lui ait dénoncées le plus tôt qu'il a été possible.

99. Scacchia, *Tract. de comm.* § 2, *gl.* 5, *quæst.* 15, propose cette question : Le porteur de la lettre de change l'a falsifiée, et a écrit une plus grande somme que celle portée par la lettre : la falsification est faite de manière qu'elle peut tromper une personne attentive et intelligente. Le banquier, qui, trompé par la falsification de la lettre qui lui a été présentée, a payé au porteur la somme entière qui paraissait portée par la lettre, aura-t-il la répétition contre le tireur, son mandant, de ce qu'il a payé de plus que la somme qui était effectivement et véritablement portée par la lettre? Scacchia décide pour l'affirmative. On peut dire pour son opinion, que, selon les règles du contrat de mandat, le mandant s'oblige à rembourser le mandataire de tous les déboursés auxquels le mandat aura donné lieu, pourvu que le mandataire n'ait pas, par sa faute, déboursé plus qu'il ne fallait: *Mandator debet refundere mandatario quidquid ei inculpabiliter abest ex causâ mandati*, comme nous l'avons établi *in Pand. Justin., tit. mand.*, *n.* 53 *et seq.* Or, le paiement, qu'a fait le banquier de la somme entière qui, par la falsification de la lettre, paraissait être portée dans la lettre qu'on lui a présentée, est un déboursé auquel le mandat du tireur a donné lieu; et l'on ne peut, en cela, reprocher aucune faute à ce banquier, puisqu'on suppose que la falsification était telle qu'elle pouvait surprendre un homme intelligent : le tireur ne peut donc pas se dispenser de rembourser le banquier sur qui il a tiré la lettre, de la somme entière qu'il a payée, sauf au tireur à exercer l'action du banquier, *condictionem indebiti*, contre le porteur de la lettre, pour la répétition de ce qu'il a reçu de plus que la somme qui était véritablement portée par la lettre. Si ce porteur de la lettre est un homme insolvable, c'est le tireur qui doit souffrir de cette insolvabilité, puisque son mandataire n'est pas en faute.

On peut dire au contraire en faveur du tireur, qu'il ne faut pas confondre ce qu'il en a coûté au mandataire pour l'exécution du mandat, *ex causâ mandati*, avec ce qu'il lui en a coûté à l'occasion du mandat, *non ex causâ mandati, sed tantùm occasione mandati*. Ce qu'il en coûte *ex causâ mandati*, est tout ce qui tend à l'exécution du mandat. Par exemple, si je vous ai chargé d'aller visiter une terre que je voulais acquérir, les frais de voyage, les salaires que vous avez payés aux ouvriers dont vous vous êtes fait assister, et autres choses semblables, sont des déboursés qui tendaient à l'exécution du mandat dont je vous ai chargé, et qui sont faits *ex causâ mandati* : ce n'est que de ces choses que je suis censé, par le contrat de mandat intervenu entre nous, m'être obligé de vous rembourser. Mais si vous avez été attaqué en chemin par des voleurs qui vous ont volé, je ne suis pas obligé de vous indemniser de cette perte; car quoique ce soit à l'occasion de mon mandat dont vous vous êtes chargé que vous l'avez soufferte, et que vous ne l'eussiez pas soufferte sans cela, néanmoins ce n'est pas pour *l'exécution de mon mandat*, mais seulement *à l'occasion de ce mandat*, qu'il vous en coûte ce qu'on vous a volé; c'est par un cas fortuit, dont on ne peut pas dire que j'aie voulu m'obliger de vous indemniser, puisqu'il n'a pas même été prévu : *Non omnia quæ impensurus non fuit, mandatori imputabit; veluti quòd spoliatus sit à latronibus... nam hæc magis casibus quàm mandato imputari oportet; l.* 26, § 6, *mandat.* Ces principes s'appliquent naturellement à l'espèce proposée. Lorsque le banquier, sur qui j'ai tiré une lettre de change de 100 liv., trompé par la falsification de la lettre, paie 300 livres au porteur de la lettre, le paiement qu'il a fait de la somme de 200 livres de plus qu'il n'est porté par la lettre, n'est pas un paiement qu'il fasse *ex causâ mandati*, en exécution du mandat dont je l'ai chargé; on peut seulement dire qu'il l'a fait *à l'occasion du mandat* : la falsification de la lettre, qui l'a induit en erreur, et qui lui a causé la perte de la somme qu'il a indûment payée, est un cas fortuit, qui n'a ni été ni pu être prévu, et dont on ne peut dire par conséquent que j'aie voulu me charger de le dédommager.

100. Cependant, si c'était par la faute du tireur que le banquier eût été induit en erreur, le tireur n'ayant pas eu le soin d'écrire sa lettre de manière à prévenir les falsifications, *putà*, s'il avait écrit en chiffres la somme tirée par la lettre, et qu'on eût ajouté zéro, le tireur serait, en ce cas, tenu d'indemniser le banquier de ce qu'il a souffert de la falsification de la lettre, à laquelle le tireur, par sa faute, a donné lieu; et c'est à ce cas qu'on doit restreindre la décision de Scacchia.

La distinction, que nous faisons entre le cas auquel un mandataire a souffert quelque dommage à l'occasion du mandat, sans qu'il y eût eu aucune faute de la part du mandant, et celui auquel le mandant a donné occasion au dommage par sa faute, est fondée sur des textes de droit. Paul, en la loi 26, § 7, ff. *mandat.*, décide que, si je vous ai chargé de m'acheter un certain esclave, et que cet esclave, après que vous l'avez acheté, et avant que vous me l'ayez envoyé, vous a volé, je suis obligé de vous indemniser de cette perte que vous avez soufferte à l'occasion du mandat, dans le cas auquel j'aurais connu cet esclave pour être un voleur; parce que, dans ce cas, je suis en faute de ne vous en avoir pas averti; mais que, hors ce cas, je ne suis point obligé de vous indemniser du vol que vous avez souffert à l'occasion du mandat, mais seulement de vous abandonner l'esclave pour le vol, de même que j'y serais obligé envers tout autre auquel il aurait fait quelque vol ou causé quelque dommage. Il est vrai qu'Africain, en la loi 61, *aliàs* 63, § 5, ff. *de furtis*, décide que vous êtes tenu de m'indemniser du vol, même dans le cas auquel vous n'auriez pas eu connaissance que cet esclave était voleur, *etiamsi ignoraverit is qui certum hominem emi mandaverit furem esse, nihilominùs tamen damnum decidere cogetur.....* Mais c'est qu'Africain pensait que, même en ce cas, c'était la faute du mandant qui avait donné lieu au dommage qu'avait souffert le mandataire, et que le mandant était en faute de ne s'être pas informé des mœurs de l'esclave dont il avait chargé son mandataire de faire l'emplette; *nam certè*, dit-il, *mandantis culpam esse qui talem servum emi sibi mandaverit.* C'est donc à ce cas, auquel le dommage souffert par le mandataire à l'occasion du mandat, pourrait être attribué à quelque faute du mandant, qu'on doit restreindre tout ce qui est dit dans cette loi: *Justissimè procuratorem allegare, non fuisse se id damnum passurum, si mandatum non suscepisset*; et plus bas: *Æquius esse, nemini officium suum (quod ejus cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causâ susceptit) damnosum esse.*

Lorsque c'est la faute du mandataire qui a donné lieu au dommage qu'il a souffert à l'occasion du mandat, il n'est pas douteux qu'il ne peut pas demander à en être indemnisé; *dict. leg.* 6, § 7.

101. Il résulte de tout ceci qu'on ne doit pas décider indistinctement que le tireur doive indemniser le banquier de la perte que lui a causée l'erreur en laquelle l'a induit la falsification de la lettre, et qu'on doit décider au contraire que le tireur n'est tenu de cette indemnité que dans le cas auquel, par quelque faute de sa part, ou par celle de son facteur, il aurait donné lieu à cette falsification, faute d'avoir, en écrivant la lettre, pris les précautions qu'il pouvait prendre pour la prévenir.

Dans le cas même où le mandant n'aurait pas eu le soin de prendre ces précautions, le mandataire ne pourra pas répéter du tireur ce qu'il a payé de plus que la somme qui était véritablement portée par la lettre, si la falsification pouvait s'apercevoir avec quelque attention; car, en ce cas, c'est la faute du banquier de n'avoir pas bien examiné la lettre qui lui a été présentée; et il n'est pas recevable, suivant les principes ci-dessus, à demander l'indemnité d'une perte à laquelle il a donné lieu par sa faute.

102. Observez qu'on doit, à cet égard, exiger plus d'un banquier de profession que d'une autre personne sur qui la lettre serait tirée, qui ne serait pas de cet état, à l'égard de laquelle il me paraît devoir suffire, pour l'excuser, que la falsification ne fût pas une falsification grossière et qui saute aux yeux.

103. Si un faussaire avait fabriqué en entier une fausse lettre de change sous mon nom, adressée à mon banquier, et qu'il eût contrefait mon écriture et ma signature, de manière à tromper une personne attentive et intelligente, il n'est pas douteux, en ce cas, que le banquier, à qui il aurait présenté cette lettre, et qui lui aurait payé la somme y portée, n'aurait pas d'action contre moi pour s'en faire rembourser; car le mandat général, que je lui ai donné d'accepter et de payer les lettres de change que je tirerais sur lui, ne comprend que les lettres de change qui viennent de ma part, et ne peut s'étendre à cette fausse lettre qui ne vient pas de ma part. Ajoutez cette autre différence entre cette espèce et la précédente, qui est que, dans la précédente, le tireur peut quelquefois être en quelque faute pour n'avoir pas écrit sa lettre avec assez de précaution, et de manière qu'elle ne fût pas susceptible de falsification; au lieu que, dans celle-ci, il ne peut y avoir aucune faute de ma part, n'ayant pas pu empêcher qu'un faussaire contrefit mon écriture et ma signature; voyez *Scacchia*, ibid.

104. *Scacchia*, § 2, *gl.* 5, *n.* 340, propose une autre espèce. La lettre de change a été ravie par violence, et cette violence a été constatée. Avant qu'on en ait pu donner avis à l'accepteur, le voleur s'est présenté à lui avec la lettre en prenant le nom de celui à qui l'ordre en était passé, et en a reçu le paiement: ce paiement fait à ce voleur, qui n'avait pas pouvoir de recevoir, n'ayant pas libéré le tireur ni l'accepteur envers le propriétaire de la lettre, comme nous le verrons *infrà*, *chap.* 6, *art.* 1, § 1; on demande si cet accepteur pourra se faire faire rai-

son, *actione mandati contrarid*, par le tireur, dont il est le mandataire, de la somme qu'il a payée au voleur. Scaccbia décide pour la négative, parce que, dit-il, l'accepteur, *non fecit quod sibi mandatum est*. L'action *mandoti contraria* ne donne au mandataire la répétition que de ce qu'il a déboursé pour l'exécution du mandat, *ex causá mandati* : or l'objet du mandat, que renfermait la lettre de change que le tireur lui a adressée, était d'acquitter cette lettre, et de la payer à celui à qui elle était effectivement payable; le paiement, qu'il en a fait à ce voleur à qui elle n'était pas payable, n'est pas l'exécution de ce mandat : en le faisant, *non fecit quod sibi mandatum est*, et par conséquent ce paiement ne doit pas donner ouverture à l'action *mandati contraria*.

Il est vrai que le paiement, que le banquier a fait à ce voleur, est un déboursé qu'il a fait, *occasione mandati*; mais suivant les principes établis sur les questions précédentes, le mandant n'est pas obligé d'indemniser le mandataire de ce que le mandataire a déboursé ou perdu *occasione mandati*, *non ex causá mandati*, lorsqu'il n'y a aucune faute de la part du mandant qui a donné lieu à cette perte, et que c'est un cas purement fortuit et tout-à-fait imprévu, qui y a donné lieu : *eo magis casibus deputando sunt*. D'ailleurs, les banquiers doivent se faire certifier des personnes qui leur présentent les lettres, lorsqu'ils ne les connaissent pas.

105. Le tireur contracte envers celui, sur qui la lettre est tirée, les obligations que nous venons d'exposer, lorsqu'il tire la lettre de change pour son compte particulier. Il arrive souvent dans le commerce que le tireur tire la lettre pour le compte d'un autre. Par exemple, Jacques d'Amsterdam, qui est débiteur envers moi d'une somme de 3,000 liv., m'écrit, pour s'en acquitter, de tirer cette somme pour son compte sur son banquier de Paris. En conséquence, je tire une lettre de change sur ce banquier. Si par la lettre je déclare à celui sur qui elle est tirée, que c'est pour le compte de Jacques qu'elle est tirée, et que c'est par lui qu'il en sera remboursé, je ne contracte par cette lettre, envers le banquier qui l'accepte purement et simplement, aucune obligation de remettre les fonds au banquier. La loi portée par la lettre de change étant qu'elle est tirée pour le compte de Jacques, et que c'est par Jacques qu'il en sera remboursé, le banquier, en acceptant la lettre purement et simplement, suit la foi de Jacques pour le compte duquel elle est tirée; et il ne peut m'en demander les fonds sur le prétexte qu'ils ne lui auraient pas été remis par Jacques, et que Jacques aurait fait depuis banqueroute. C'est la décision de Savary, *tome* 2, *Porer*. 12.

Par la même raison, si par la lettre de change que j'ai tirée, il était dit que c'était pour compte à moitié entre Jacques et moi, je ne serais obligé envers le banquier, qui l'aurait acceptée purement et simplement, qu'à la remise de la moitié des fonds; et cet accepteur ne pourrait se pourvoir pour l'autre moitié que contre Jacques, dont il a bien voulu suivre la foi, en acceptant la lettre purement et simplement.

Tout ce que le banquier pourrait exiger du tireur qui a tiré la lettre pour le compte d'un autre, est que, si ce banquier l'eût acceptée sans en avoir avis de la personne pour le compte de qui elle est tirée, il pourrait demander que le tireur lui rapportât l'ordre ou le consentement que cette personne aurait donné de tirer pour son compte, afin de pouvoir se pourvoir contre elle.

106. *Quid*, si le banquier, ne voulant pas avoir affaire à Jacques pour le compte de qui la lettre est tirée, avait refusé d'accepter la lettre aux conditions qui y étaient portées, et que néanmoins, pour éviter au tireur un protêt et les poursuites qui en sont la suite, il eût accepté ou payé la lettre, en déclarant et protestant par écrit qu'il l'acceptait ou qu'il la payait par honneur pour le tireur, mais sans vouloir accepter Jacques pour débiteur, ni s'adresser à d'autres qu'au tireur pour en être remboursé; le banquier, en ce cas, qui aurait payé la lettre sous cette protestation, aura-t-il action contre le tireur pour être remboursé? Oui. Il est vrai qu'il n'a pas l'action *mandati contrario*, puisqu'il a refusé d'accepter le mandat aux conditions qui y étaient portées; mais on ne peut lui refuser l'action *negotiorum gestorum contraria*, telle que l'aurait toute autre personne qui aurait acquitté la lettre de change par honneur pour le tireur; car, en acquittant cette lettre, il a utilement géré les affaires du tireur; il l'a libéré de la somme portée par sa lettre, somme dont il était débiteur envers le propriétaire de la lettre, et il lui a évité les frais d'un protêt, et des procédures qui en auraient été la suite. Il est vrai que, s'il eût accepté la lettre purement et simplement, il n'eût pas été recevable à se pourvoir contre le tireur, et il eût dû être renvoyé à se pourvoir contre Jacques. La raison est, que s'étant soumis, par son acceptation pure et simple de la lettre, aux conditions de la lettre, il est obligé de satisfaire à ces conditions; mais lorsque, par la protestation qu'il a faite lors de son acceptation, il a déclaré qu'il n'entendait point avoir affaire à d'autres qu'au tireur, le tireur ne peut pas le renvoyer à se pourvoir contre Jacques.

107. Scaccbia rapporte un jugement de la Rote de Gênes, par lequel il a été jugé que le banquier,

qui avait accepté avec cette protestation la lettre tirée sur lui, était obligé, lors du paiement qu'il en faisait, de renouveler cette protestation; faute de quoi, il était obligé de satisfaire aux conditions portées par la lettre. J'aurais de la peine à me rendre à cette décision.

Tout ce qu'en pourrait dire pour cette décision, est que le paiement, que le banquier fait de la lettre qui est tirée sur lui, renferme une acceptation du mandat que cette lettre renferme, et une acceptation pure et simple, lorsque ce paiement se fait purement et simplement, et sans aucune protestation. La réponse est facile : le paiement renferme l'acceptation de la lettre, lorsqu'il n'a pas été précédé d'une autre acceptation; mais lorsqu'il y a eu une acceptation précédente, le paiement, qu'il fait de la lettre, ne renferme pas l'acceptation, mais le paiement de l'obligation qu'il a contractée par son acceptation qui a précédé. Ce paiement est relatif à l'obligation qu'il a contractée par son acceptation faite avec la protestation de ne pas se soumettre aux conditions de la lettre; et il ne peut être censé lui en faire contracter d'autres.

108. Si le banquier, sur qui Pierre a tiré une lettre de change, avec la clause qu'il en serait remboursé par Jacques, avait reçu de Jacques les fonds suffisans pour ce remboursement, il est évident que, en ce cas, la protestation, qu'avait faite le banquier, en acceptant la lettre, deviendrait de nul effet; mais il ne suffirait pas, pour empêcher l'effet de cette protestation, que Jacques eût écrit à ce banquier qu'il le rembourserait de la lettre de change tirée sur lui par Pierre, lorsqu'il l'aurait acquittée, ce banquier étant le maître de refuser Jacques pour débiteur.

109. Le banquier, qui a accepté la lettre de change tirée sur lui par Pierre, payable par Jacques, sous la protestation qu'il n'entendait pas s'adresser à Jacques, doit donner avis à Pierre de cette protestation, afin que Pierre, qui a des fonds chez Jacques pour le remboursement de la lettre de change, puisse, si bon lui semble, les retirer. Si Pierre, faute d'avoir été averti de cette protestation par le banquier, n'avait point retiré les fonds qu'il avait chez Jacques, et qu'il vint à les perdre par la faillite de Jacques qui surviendrait, Scacchia décide que, en ce cas, le banquier serait tenu envers Pierre de cette perte; car en acceptant la lettre, quoique sous cette protestation, il n'a pas, à la vérité, accepté le mandat qu'elle renferme, mais au moins il s'est chargé de la gestion des affaires de Pierre, relative à cette lettre, et par conséquent il s'est chargé de faire tout ce qu'il était de l'intérêt de Pierre qu'il fit relativement à cette lettre. Or, Pierre avait un intérêt manifeste d'être averti de la protestation sous laquelle ce banquier a accepté la lettre, afin de pouvoir retirer ses fonds de chez Jacques; le banquier, qui a manqué de l'en avertir, a donc manqué à quelque chose que l'intérêt de Pierre exigeait qu'il fit, et que la gestion des affaires de Pierre, relative à la lettre qu'il avait acceptée, l'obligeait de faire; par conséquent, faute de l'avoir fait, il est responsable de la perte que Pierre a soufferte, en ne retirant pas, avant la faillite de Jacques, les fonds qu'il avait chez Jacques pour acquitter la lettre.

110. Quoique le contrat de mandat, qui intervient entre le tireur et l'accepteur, soit de sa nature gratuit, et qu'en conséquence l'accepteur ne puisse rien demander que le remboursement de ce qu'il a déboursé pour accepter la lettre; néanmoins il est d'usage que, par une convention particulière, le tireur accorde à l'accepteur un certain salaire ou récompense à raison de tant pour cent. On appelle cette récompense *une provision :* elle est très licite *in utroque foro*, lorsque l'accepteur est un banquier, pourvu qu'elle ne soit pas excessive, c'est-à-dire, qu'elle n'excède pas ce qu'il est d'usage d'accorder pour cela aux banquiers; c'est un gain et un profit légitime de son commerce de banque.

ARTICLE IV.

Si les endosseurs contractent quelque engagement envers l'accepteur.

111. Ordinairement les endosseurs ne contractent aucun engagement envers l'accepteur; car quoique le paiement, que l'accepteur fait de la lettre de change, opère indirectement la libération des obligations des endosseurs envers le propriétaire de la lettre de change, ce n'est point pour les endosseurs que l'accepteur fait le paiement de la lettre de change, mais pour s'acquitter du mandat que le tireur lui a donné d'acquitter cette lettre; ce n'est donc que contre le tireur, qui est son seul mandant, qu'il a action pour s'en faire rembourser. Bien loin que les endosseurs contractent aucune obligation envers lui, c'est au contraire lui qui, par l'acceptation qu'il a faite de la lettre, a succédé à l'obligation de faire acquitter la lettre dont le tireur était tenu envers les endosseurs.

112. Néanmoins, si le banquier ou autre sur qui la lettre est tirée, après avoir refusé de l'accepter, et avoir laissé protester, acquittait la lettre en déclarant expressément et par écrit, que c'est pour faire honneur à un tel endosseur; en ce cas, le banquier ne l'ayant pas acquittée pour le tireur dont il a refusé d'accepter le mandat, mais pour cet endosseur, et ayant en cela

géré utilement l'affaire de cet endosseur, puisqu'il l'a libéré de la dette dont il était tenu envers le propriétaire de la lettre, il n'est pas douteux qu'il se forme, en ce cas, entre le banquier et cet endosseur, le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, et que le banquier peut se faire rembourser par cet endosseur, *actione contrariâ negotiorum gestorum*, sauf à cet endosseur son recours contre les précédens endosseurs et contre le tireur.

ARTICLE V.

Du quasi-contrat entre celui qui, pour faire honneur au tireur, ou à quelqu'un des endosseurs, acquitte la lettre au refus de celui sur qui elle est tirée, et ledit tireur ou endosseur.

113. Lorsque celui, sur qui la lettre est tirée, refuse de l'accepter ou de la payer après l'avoir acceptée, et qu'une autre personne l'accepte ou l'acquitte pour faire honneur au tireur, ou à quelqu'un des endosseurs, ce n'est point un contrat de mandat qui intervient entre cette personne et le tireur ou l'endosseur, à qui il a déclaré qu'il voulait faire honneur, qui ne l'en avait point chargé, et qui n'a aucune connaissance du service que cette personne lui rend, mais c'est le quasi-contrat qu'on appelle en droit *negotiorum gestorum*, qui produit les obligations qui en naissent. Le tireur ou l'endosseur est donc obligé envers cette personne, *actione contrariâ negotiorum gestorum*, à lui remettre la somme qu'elle a payée, pour l'acquittement de la lettre de change.

114. Celui, qui acquitte une lettre de change pour l'honneur du tireur ou de quelqu'un des endosseurs, doit, pour obliger envers lui, *actione negotiorum gestorum*, celui pour l'honneur de qui il l'acquitte, la laisser protester par le porteur avant que de la payer; *Elem. Jur. Camb.* Hein. *cap.* 6, § 9, *in not.* La raison est, que le tireur et les endosseurs ne devenant débiteurs de la lettre que par le protêt qui en est fait, il faut qu'il ait été fait, pour que celui, qui l'a payée, puisse prétendre les en avoir acquittés, et avoir en conséquence contre eux l'action *negotiorum gestorum*.

L'étranger, qui acquitte une lettre protestée, n'a pas seulement cette action *negotiorum gestorum* contre celui pour l'honneur de qui il l'a acceptée. L'Ordonnance de 1673, *tit.* 5, *art.* 3, le subroge en toutes celles qu'avait le propriétaire de la lettre de change qu'il a payée, contre tous ceux qui en sont tenus. Cet article porte : *Au moyen du paiement, il demeurera subrogé en tous les droits du porteur de la lettre, quoiqu'il n'en ait pas de transport, subrogation ni ordre.*

Il n'est donc pas besoin, pour cela, qu'en payant il en ait requis la subrogation.

Pareillement, il n'est pas nécessaire qu'après le protêt fait par le porteur de la lettre, l'étranger, qui la lui paie, fasse un nouveau protêt, qu'on appelle *protêt d'intervention*. Cet acte, quoiqu'il soit en usage, en ce cas, dans certaines provinces, est absolument inutile et superflu.

Au reste, il doit intenter ces actions contre le tireur dans les mêmes délais dans lesquels le porteur, s'il n'eût pas été payé, aurait dû les intenter, selon la règle : *Qui ulterius jure utitur, eodem jure uti debet.*

Il doit même intenter dans les mêmes délais l'action *negotiorum gestorum* qu'il a de son chef; autrement celui, pour l'honneur de qui il a payé, *et cujus negotium gessit*, serait de pire condition que s'il ne l'eût pas fait; ce que la nature du quasi-contrat *negotiorum gestorum* ne permet pas.

ARTICLE VI.

Du contrat qui intervient entre l'accepteur sur qui la lettre est tirée, et le propriétaire de la lettre.

§ I. QUEL EST CE CONTRAT, ET COMMENT INTERVIENT-IL.

115. L'acceptation, que celui sur qui la lettre est tirée fait de cette lettre, renferme un contrat entre l'accepteur et le propriétaire, par lequel l'accepteur accède à l'obligation du tireur de la lettre, et s'oblige en conséquence, conjointement et solidairement avec le tireur, envers le propriétaire de la lettre, à lui payer en acquit du tireur la somme portée par la lettre, à son échéance et au lieu où elle est payable.

116. Ce contrat est un contrat unilatéral; car il n'y a que celui, sur qui la lettre est tirée, qui, par le contrat que son acceptation renferme, contracte une obligation envers le propriétaire de la lettre; celui-ci, de son côté, n'en contracte aucune.

§ II. DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT DU CONTRAT QUE L'ACCEPTATION RENFERME.

117. Il appert, par la définition que nous avons donnée du contrat qui intervient par l'acceptation entre l'accepteur et le propriétaire de la lettre, que l'obligation principale et primitive, qui naît de ce contrat, est de payer la somme portée par la lettre à son échéance.

Les obligations accessoires et secondaires consistent en ce que, faute de paiement à l'échéance, l'accepteur est obligé de payer au propriétaire de la lettre, avec la somme principale, 1° les intérêts de cette somme qui courent de plein

droit du jour du protêt avant qu'il ait été donné aucune demande; 2° le coût du protêt, les frais de voyage, de la même manière que nous avons dit *suprà*, qu'en était tenu le tireur; 3° le rechange, de la même manière que nous avons vu *suprà*, qu'en était tenu le tireur, à l'obligation duquel l'accepteur est censé avoir accédé par son acceptation. Enfin il est, de même que le tireur, tenu des intérêts de ces sommes du jour de la demande.

§ III. EN QUELS CAS L'ACCEPTEUR PEUT-IL OU NE PEUT-IL PAS ÊTRE DÉCHARGÉ DE SON OBLIGATION.

118. Celui, sur qui la lettre est tirée, ayant une fois contracté l'obligation de la payer par l'acceptation qu'il en a faite, ne peut plus se défendre de payer à l'échéance, sur le prétexte que le tireur ne lui a pas remis les fonds, et qu'il a fait depuis banqueroute; car ces choses n'étant pas du fait du porteur ou du propriétaire de la lettre envers qui cet accepteur a engagé sa foi, ne peuvent servir à le dégager.

Par la même raison, l'accepteur, qui a accepté purement et simplement, n'est pas recevable à alléguer qu'étant le commissionnaire du tireur, il n'a accepté qu'en cette qualité, et non en son propre nom. *Savary, Parer.* 48, *q.* 2.

Néanmoins, si celui, sur qui la lettre de change est tirée, et à qui les fonds n'ont pas été remis pour l'acquitter, avait été engagé à l'accepter par le dol du porteur ou du propriétaire de la lettre, il serait restituable contre son acceptation et son engagement.

Il n'importe que ce soit par le propriétaire de la lettre de change, ou par le porteur de la lettre, mandataire de ce propriétaire, que l'accepteur ait été induit en erreur, pour que cet accepteur soit restituable; car le dol d'un procureur ou mandataire peut être opposé à son commettant; *l.* 5, § 2, ff. *de dol. et met. except.*

C'est un dol de la part du porteur de la lettre, lorsque ayant connaissance de la prochaine faillite du tireur, il dissimule cette connaissance à celui sur qui la lettre est tirée pour qu'il l'accepte.

C'est pourquoi, si l'accepteur peut prouver que le porteur, lorsqu'il lui a présenté la lettre, avait connaissance de la prochaine faillite du tireur, il sera restituable contre son acceptation.

Lorsque le propriétaire de la lettre de change a envoyé par un courrier extraordinaire la lettre pour la faire accepter, et que la faillite du tireur a suivi peu après, cette précipitation, surtout si elle est jointe à d'autres circonstances, peut faire présumer dans le propriétaire une connaissance de la prochaine faillite, et un dol pour faire accepter la lettre; ce qui rend l'accepteur restituable contre son acceptation, comme y ayant été engagé par le dol de la partie. C'est ce qui a été jugé par arrêt rapporté dans le Traité de La Serra, *et rectè*.

119. Lorsque je dis que l'accepteur est restituable dans ce cas, je n'entends pas qu'il soit besoin qu'il prenne des lettres de rescision en chancellerie; les juges-consuls étant établis pour juger *ex æquo et bono*, peuvent, sans qu'il soit besoin de lettres, donner congé de la demande contre l'accepteur fondée sur une pareille acceptation; car il suffit, pour cela, que cette demande soit contraire à l'équité et à la bonne foi, comme elle l'est en effet.

120. Hors ce cas de dol, quand même le tireur ferait faillite dès le lendemain de l'acceptation, cet accepteur demeurera obligé envers le propriétaire de la lettre de change qui en a de bonne foi payé la valeur au tireur.

Bien plus, quand même l'acceptation n'aurait été faite par le banquier qui n'avait pas de fonds, que depuis la faillite ouverte du tireur, dont les parties n'avaient pas encore eu de nouvelles; plusieurs négocians expérimentés, et plusieurs banquiers que j'ai consultés ou fait consulter, ont été unanimement d'avis que le banquier n'était pas restituable contre son acceptation. En vain oppose-t-on que, s'il eût eu connaissance de la faillite, il n'eût pas accepté, et que c'est l'erreur, en laquelle il était de la situation des affaires du tireur, qui l'a fait accepter; car cette erreur ne concerne que le motif qui l'a porté à contracter l'obligation que renferme l'acceptation : or, nous avons vu dans notre Traité des obligations, *n.* 20, que l'erreur de motif n'empêchait pas l'obligation de subsister.

Mais si le propriétaire de la lettre de change était un créancier du tireur à qui le tireur aurait donné la lettre de change en paiement de ce qu'il lui devait dans les dix jours avant la faillite, la lettre de change est, en ce cas, censée donnée à ce créancier pour le gratifier en fraude des autres créanciers; c'est pourquoi l'accepteur, qui serait aussi créancier du tireur, pourrait, nonobstant son acceptation, refuser de l'acquitter. C'est l'avis de Scacch., § 2, *gl.* 5, *n.* 35 *et* 445.

Pareillement, si l'accepteur peut découvrir que le propriétaire de la lettre de change en doit la valeur au tireur à qui il en a fait son billet, l'accepteur, à qui le tireur failli n'a pas remis de fonds, peut, comme exerçant les droits du tireur son débiteur, pour sûreté de la valeur de la lettre que le propriétaire de la lettre doit au tireur, retenir la somme qu'il s'est obligé par son acceptation de payer à ce propriétaire de la lettre.

§ IV. SI LE PROPRIÉTAIRE DE LA LETTRE PEUT AVOIR QUELQUE ACTION CONTRE CELUI SUR QUI ELLE EST TIRÉE, LORSQUE CELUI-CI NE L'A PAS ACCEPTÉE.

121. Ce n'est que par l'acceptation que fait de la lettre de change celui sur qui elle est tirée, qu'il contracte une obligation envers le propriétaire de la lettre; tant qu'il ne l'a pas acceptée, il n'est en aucune manière le débiteur du propriétaire de la lettre.

Quand même celui, sur qui la lettre est tirée, aurait contracté envers le tireur l'obligation de l'accepter; tant qu'il ne l'a pas fait, il n'est pas proprement le débiteur de la lettre envers le propriétaire de la lettre, et celui-ci n'a en conséquence aucune action de son chef contre celui sur qui la lettre est tirée; mais il peut, en exerçant les droits du tireur, son débiteur, exercer contre lui celles du tireur.

ARTICLE VII.

De l'obligation qui naît des avals.

122. Nous avons déjà vu que, dans la négociation d'une lettre de change, on appelle *aval* le cautionnement que subit une personne, soit pour le tireur, en mettant sa signature au bas de la lettre de change; soit pour un endosseur, en mettant sa signature au bas de l'endossement; soit pour l'accepteur, en la mettant au bas de l'acceptation.

Ce cautionnement est, de même que tous les autres cautionnemens, un contrat unilatéral, par lequel celui, qui a mis son aval, soit au bas de la lettre de change, soit au bas de l'acceptation, contracte envers le créancier de la personne qu'il cautionne, toutes les obligations que cette personne a contractées envers le créancier.

Du contrat, que renferme l'aval mis au bas de la lettre de change, naît une action qu'a le donneur de valeur ou le propriétaire de la lettre qui est en ses droits, contre celui qui a mis son aval, laquelle est aux mêmes fins que celle que l'un ou l'autre a contre le tireur.

Pareillement, du contrat que renferme l'aval mis au bas de l'endossement, naît une action qu'a celui au profit de qui l'endossement a été fait, ou le propriétaire de la lettre qui est en ses droits, contre celui qui a mis son aval au bas de l'endossement, et qui est aux mêmes fins que celles que l'un ou l'autre a contre l'endosseur.

Pareillement, de l'aval qui est au bas de l'acceptation, naît une action qu'a le propriétaire de la lettre contre celui qui a mis son aval, laquelle est aux mêmes fins que celle qu'il a contre l'accepteur.

123. C'est une chose particulière à cette espèce de cautionnemens qui se font par *un aval*, que ceux, qui les ont faits, quand même ils ne seraient ni marchands, ni banquiers de profession, sont sujets à la contrainte par corps, de même que le tireur ou l'endosseur, ou l'accepteur qu'ils ont cautionné, et qu'ils ne peuvent opposer les exceptions de discussion et de division qui sont accordées aux cautions ordinaires. *Heinec. Elem. Jur. Camb.* 6, 10, *cum notâ.*

Mais si ce n'était pas par un aval, mais par un acte séparé, que quelqu'un se fût rendu caution, soit pour le tireur, soit pour un endosseur, soit pour l'accepteur, il ne serait pas privé de ces exceptions; il ne serait pas sujet à la contrainte par corps, à moins qu'il ne fût l'associé de celui qu'il a cautionné. C'est le sentiment de Heineccius, *ibid.*

ARTICLE VIII.

De ce qu'ont de particulier les actions qui naissent de la négociation de la lettre de change.

124. Toutes les actions, qui naissent de la négociation de la lettre de change, soit contre le tireur, soit contre les endosseurs, soit contre celui à qui la lettre a été fournie, et qui s'est obligé d'en donner la valeur, soit contre l'accepteur, soit contre ceux qui ont mis leur aval au bas de la lettre, de l'endossement ou de l'acceptation, ont cela de particulier, que quand même les parties contractantes ou quasi-contractantes ne seraient ni marchands, ni banquiers de profession, elles sont de la compétence de la juridiction consulaire; *Ordonnance de* 1673, *tit.* 12, *art.* 2.

La raison est, que la négociation de la lettre de change est une espèce de commerce et de trafic, et qu'en conséquence tous ceux, qui s'immiscent à cette négociation, font par cela même un acte de trafic et de commerce, qui les rend, pour ce qui en dépend, justiciables de la juridiction consulaire.

125. La négociation de la lettre de change étant une matière consulaire, il suit de là, 1° que les actions, qui naissent de cette négociation, peuvent être intentées et jugées sans qu'il soit besoin de faire contrôler la lettre de change, et autres actes qui servent de fondement à ces actions; *arrêt du conseil du* 30 *mars* 1706. 2° Il suit du même principe que, dans ces actions, le demandeur peut conclure au principal, sans avoir fait auparavant statuer sur la reconnaissance de la lettre de change, ou des billets sur lesquels sa demande est fondée; ces actes étant censés suffisamment reconnus par cela seul que le défendeur ne les dénie pas.

Si le défendeur déniait avoir souscrit la lettre de change, ou quelque autre acte servant de fondement à la demande donnée contre lui, les consuls devraient, avant que de prononcer, renvoyer les parties devant le juge ordinaire, pour statuer sur la reconnaissance de l'acte. C'est la disposition de la déclaration du 15 mai 1703.

126. 3° Dans les actions qui naissent de la négociation de la lettre de change, soit contre le tireur, soit contre les endosseurs, soit contre l'accepteur, le demandeur, avant qu'il ait été statué sur ces actions, et aussitôt après le protêt qui y donne ouverture, peut, sur une simple permission du juge, procéder par voie de saisie et arrêt sur les effets du tireur, des endosseurs et de l'accepteur; *Ordonnance de* 1673, *tit.* 5, *art.* 12.

127. 4° Enfin, les sentences de condamnation, qui sont rendues sur ces actions, emportent la contrainte par corps contre toutes sortes de personnes; *Ordonnance de* 1667, *tit.* 34, *art.* 4.

Il faut en excepter les femmes et filles qui ne sont pas marchandes publiques; *d. tit.* 34, *art.* 8. M. Jousse, sur cet article, cite un arrêt du conseil privé du 2 septembre 1704, qui a déchargé de la contrainte par corps une fille qui avait accepté une lettre de change conjointement avec sa mère.

La même Ordonnance, *d. tit., art.* 9, décharge aussi de la contrainte par corps les septuagénaires.

Les mineurs, qui, n'étant ni marchands, ni banquiers, ni financiers, sont intervenus dans une négociation de lettre de change, ne sont pas non plus sujets à la contrainte par corps, ni les personnes constituées dans les ordres sacrés. Voyez *le Commentaire de M. Jousse sur ledit article* 9, où il rapporte encore quelques exceptions à la contrainte par corps.

CHAPITRE V.

De l'exécution de la négociation des lettres de change.

SECTION PREMIÈRE.

DE CE QUE DOIT FAIRE LE PORTEUR DE LA LETTRE DE CHANGE.

128. Le porteur de la lettre de change, lorsqu'il n'est que le mandataire de celui à qui elle appartient, doit le plus tôt qu'il est possible, se présenter, avec sa lettre de change, à celui sur qui elle est tirée, pour la lui faire accepter.

Il est très important qu'il la fasse accepter; car ce n'est que par l'acceptation que celui, sur qui elle est tirée, en devient débiteur : faute de cette acceptation, le propriétaire de la lettre de change n'a pour débiteur que le tireur à qui il en a compté la valeur. C'est pourquoi, si les affaires du tireur venaient à se déranger, le porteur de la lettre, qui a négligé de se présenter pour la faire accepter, pourrait, s'il y avait de sa faute, être tenu, *actione mandati directâ*, des dommages et intérêts du propriétaire de la lettre dont il est le mandataire.

Observez en passant, que lorsque ce n'est pas au tireur que le propriétaire de la lettre a donné la valeur, mais à un endosseur, il a pour débiteur non seulement cet endosseur, mais les endosseurs précédens et le tireur, comme nous l'avons déjà vu; et, par conséquent, ce ne serait qu'en cas d'insolvabilité de toutes ces personnes, que le porteur mandataire du propriétaire de la lettre serait tenu d'avoir négligé de faire accepter la lettre.

Lorsque le porteur de la lettre en est en même temps le propriétaire, il ne la fait accepter que s'il le juge à propos; car en ne le faisant pas, il ne peut faire tort qu'à lui-même. Il y a, néanmoins, un cas auquel il est obligé de la faire accepter; c'est celui auquel la lettre est tirée sous élection de domicile, comme si Pierre de Nantes tire une lettre de change sur Louis d'Orléans, payable dans Paris, le porteur est obligé de la faire accepter par Louis d'Orléans avant l'échéance, afin de pouvoir à l'échéance se présenter au domicile de Paris.

129. Soit que la lettre de change ait été acceptée, soit que le porteur ait négligé de la faire accepter, le porteur doit se présenter, à l'échéance de la lettre de change, à celui sur qui elle est tirée, avec cette lettre pour en avoir le paiement.

130. Si le porteur de la lettre de change l'a égarée, il doit s'en faire donner un second exemplaire par le tireur.

Lorsqu'il ne tient pas immédiatement du tireur

la lettre de change, et que la lettre contient plusieurs endossemens, il doit, pour avoir ce second exemplaire, s'adresser au dernier endosseur qui lui en a passé l'ordre; et le dernier endosseur doit, sur la réquisition que lui en fait par écrit le porteur de la lettre, lui prêter ses bons offices auprès du précédent endosseur, et ainsi d'endosseur en endosseur jusqu'au tireur, pour avoir un second exemplaire. C'est la disposition du réglement du 30 août 1714.

Tous les frais et faux frais, comme ports de lettres, etc., qui seront faits pour cela, doivent être portés et remboursés par le porteur qui a égaré la lettre.

Néanmoins si le dernier endosseur, ou en remontant, quelqu'un des précédens avait été, après une réquisition par écrit, refusant ou en demeure de prêter au porteur ses bons offices et son nom pour avoir un second exemplaire de la lettre de change, celui, qui aura été refusant ou en demeure, sera tenu de tous les frais et dépens, même des faux frais faits par toutes les parties depuis son refus : c'est aussi la disposition du réglement de 1714, ci-dessus cité.

Le tireur requis de donner un second exemplaire de la lettre de change dont le premier exemplaire a été égaré, est tenu de le donner, à peine de dommages et intérêts du propriétaire. Il y insère cette clause : *Pour le second exemplaire, bon au cas que la lettre n'ait pas déjà été acquittée sur le premier;* ou encore plus laconiquement : *Vous paierez par cette seconde, ne l'ayant fait sur la première.*

131. Suivant l'Ordonnance de 1673, *tit.* 5, *art.* 19, le porteur, qui a adiré la lettre, ne peut s'en faire payer sur un second exemplaire que *par ordonnance de justice, et en baillant caution de garantir le paiement qui en sera fait.* C'est pourquoi le porteur muni de ce second exemplaire, doit présenter requête au juge, par laquelle il exposera qu'il a égaré le premier exemplaire de la lettre de change, et requerra qu'il soit ordonné que celui, sur qui elle est tirée, lui en fera le paiement, aux offres de lui donner caution de le lui garantir. Le juge met au bas de cette requête un *viennent;* en conséquence le porteur de lettre fait assigner celui sur qui elle est tirée, et fait rendre une sentence conforme aux conclusions de la requête.

La garantie de paiement, pour laquelle le porteur doit donner caution, consiste en ce que, s'il se trouvait sur le premier exemplaire un endossement que le porteur de la lettre eût passé à une personne, et qu'après que celui sur qui elle est tirée, aurait payé la lettre au porteur sur le second exemplaire, cette personne vînt présenter le premier exemplaire, et demander le paiement de la lettre dont il se trouve le vrai propriétaire par l'endossement qui s'y trouve; le porteur qui, sur le second exemplaire, en a été payé, doit défendre et acquitter de cette demande celui sur qui la lettre est tirée, et qui lui en a fait le paiement.

Il est évident que cette disposition de l'Ordonnance n'a lieu que lorsque la lettre de change est à ordre. Si elle était payable déterminément à la personne du porteur, le porteur pourrait, sur le second exemplaire, en exiger le paiement, sans être obligé de donner caution; *Ordonnance de* 1673, *tit.* 5, *art.* 18.

132. Il nous reste à observer une précaution que doit prendre le porteur de lettre qui l'a égarée, lorsqu'il n'est pas connu, au moins de vue, de celui sur qui elle est tirée; c'est de lui en donner avis au plutôt, afin qu'il ne la paie pas à la personne qui se présentera avec la lettre, sans se faire certifier qu'elle est celle dénommée dans la lettre, et à qui elle est payable.

SECTION II.

DE CE QUE DOIT FAIRE LE PORTEUR DE LA LETTRE, A DÉFAUT D'ACCEPTATION, OU A DÉFAUT DE PAIEMENT A L'ÉCHÉANCE.

133. Lorsque celui, sur qui la lettre est tirée, refuse de l'accepter, pour que le propriétaire de la lettre puisse exercer l'action qu'il a, en ce cas, contre le tireur, dont il a été parlé *suprà*, *n.* 70, il faut qu'il ait préalablement fait constater ce refus par un acte de protêt.

Soit que la lettre ait été acceptée, soit qu'elle ne l'ait pas été, soit qu'elle ait été déjà protestée faute d'acceptation, soit qu'elle ne l'ait pas été, le porteur de la lettre doit, comme il a déjà été dit *suprà*, *n.* 83, se présenter à l'échéance à celui sur qui elle est tirée, pour en recevoir le paiement; et, en cas de refus de payer, il doit faire constater ce refus par un acte de protêt, et dénoncer ensuite et poursuivre en garantie les tireurs et endosseurs dans les temps prescrits par l'Ordonnance de 1673.

Nous verrons, 1° ce que c'est que le protêt; sa forme; 2° à qui il doit être fait; 3° en quel temps il peut et doit se faire. 4° Nous traiterons de la dénonciation du protêt, et des poursuites en garantie; 5° nous verrons suivant quelle loi se doit régler la forme des protêts, le temps de les faire et de les dénoncer; 6° quelle est la peine du défaut de protêt, ou de dénonciation de protêt.

ARTICLE PREMIER.

Des protêts que doit faire le porteur d'une lettre de change, en cas de refus d'acceptation ou de paiement.

§ I. CE QUE C'EST QUE LE PROTÊT; SA FORME.

134. Le protêt est un acte solennel fait à la

requête du propriétaire de la lettre de change, ou du porteur de la lettre, au nom et comme procureur du propriétaire, pour constater le refus que fait celui sur qui elle est tirée, de l'accepter ou de la payer.

Il y a donc deux protêts : l'un faute d'accepter; l'autre faute de payer.

135. Suivant la déclaration du roi du 26 janvier 1664, et suivant l'article 8 du titre 5 de l'Ordonnance de 1673, le protêt doit être fait par deux notaires, ou par un notaire assisté de deux témoins, ou par un huissier ou sergent, assisté pareillement de deux témoins, lesquels doivent se transporter au domicile de celui sur qui la lettre est tirée, pour y faire l'acte de protêt, dont ils doivent lui laisser une copie.

Cet acte contient, 1° une sommation qui est faite par le porteur de la lettre à celui sur qui elle est tirée, de payer ladite lettre (ou de l'accepter, si c'est seulement protêt faute d'acceptation); 2° une mention de la réponse ou du silence de celui à qui elle est faite, qu'on prend pour refus, et une protestation de la part du porteur de la lettre de se pourvoir en conséquence de ce refus, contre qui il appartiendra, pour ses dommages et intérêts, même de prendre à change et rechange la somme portée par la lettre.

La lettre de change, avec les ordres, doit être transcrite dans l'acte de protêt; *art.* 9.

S'il y a des signatures en blanc au dos de la lettre, il en doit être fait mention.

Il est nécessaire que l'accepteur ait connaissance de toutes ces choses, pour savoir quelle est la lettre dont on lui demande le paiement, et à qui elle est payable.

L'acte doit aussi contenir le nom et le domicile des témoins (*art.* 8), qui doivent signer avec l'huissier ou le notaire, l'acte du protêt; *déclaration de* 1664.

On doit laisser à la partie une copie du tout, signée de l'huissier et des recors; *art.* 9.

Ces protêts, lorsqu'ils sont faits par des notaires, sont sujets au contrôle des actes des huissiers, comme lorsqu'ils sont faits par des huissiers; *déclaration du roi, du* 5 *avril* 1712.

136. Le protêt doit être fait en cette forme, et ne peut être suppléé par aucun autre acte; *Ordonnance de* 1673, *tit.* 5, *art.* 10.

C'est pourquoi si le porteur, au lieu de faire un protêt, avait assigné l'accepteur, et obtenu contre lui jugement de condamnation, cette procédure ne suppléerait pas au protêt : faute de l'avoir fait, il serait déchu de ses actions de recours contre le tireur et les endosseurs, et il serait censé s'être contenté de l'accepteur pour son débiteur; *Savary, Parer.* 97, *q.* 3.

§ II. A QUI LE PROTÊT DOIT-IL ÊTRE FAIT?

137. Quelquefois le tireur, par la lettre de change, indique, à défaut de paiement par celui sur qui elle est tirée, une autre personne du même lieu qui l'acquittera; ce qui se fait par ces termes qui se mettent au bas de la lettre : *En cas de besoin, chez un tel.* On demande si, en ce cas, le porteur est tenu de faire le protêt de la lettre, non seulement à celui sur qui elle est tirée, mais encore à la personne indiquée, ou du moins de constater par quelque acte qu'il s'est présenté chez elle. Entre les négocians que j'ai consultés, l'un d'eux n'a pas osé décider; l'autre m'a dit qu'il n'y était pas obligé, parce qu'aucune loi ne l'y obligeait. Mais il me semble que c'est ce qui est en question, si l'Ordonnance n'y oblige pas le porteur; car ayant dit (*art.* 4), indéterminément, que le porteur doit protester, sans dire à qui le protêt doit être fait, le sens est, que c'est à ceux par qui le tireur a déclaré que la lettre serait payée; ce qui comprend la personne indiquée en cas de besoin, aussi bien que celle sur qui la lettre est tirée. Si le tireur s'oblige à faire compter la somme, le porteur s'oblige de son côté de l'aller recevoir, puisque cette dette est une dette requérable; et il est évident que le porteur ne remplit pas en entier son obligation de requérir le paiement de la lettre, lorsque deux personnes lui ayant été indiquées pour recevoir le paiement, et le paiement lui ayant été refusé par l'une de ces personnes, il ne s'est pas présenté à l'autre. Par la nature de la lettre de change, le tireur ne s'oblige à la garantie de la lettre qu'au cas où il ne dépendrait pas du porteur de la recevoir; or on ne peut pas dire qu'il n'a pas dépendu de lui, tant qu'il ne s'est pas présenté à la personne qui lui a été indiquée.

Lorsqu'après un protêt faute d'acceptation de la lettre de la part de celui sur qui la lettre est tirée, un tiers est intervenu, qui a accepté la lettre pour l'honneur du tireur ou de quelque endosseur, tous conviennent qu'à l'échéance du terme de grâce, le protêt doit se faire non seulement à celui sur qui la lettre est tirée et qui a refusé de l'accepter, mais encore au tiers qui l'a acceptée par honneur. On m'a allégué une mauvaise raison de différence, qui est que celui, qui a accepté par honneur, s'est rendu débiteur de la lettre; au lieu que celui, qui a été indiqué pour en recevoir de lui le paiement, n'en est pas débiteur. Cette raison est mauvaise; car lorsque je fais à quelqu'un un protêt de ma lettre de change, ce n'est qu'en sa seule qualité de personne indiquée pour me la payer, et non pas en la qualité de débiteur de la lettre, que je lui fais ce protêt. Celui, sur qui la lettre est tirée, lors-

qu'il ne l'a pas acceptée, n'est pas envers moi débiteur de la lettre de change; ce n'est que dans la seule qualité qu'il a de personne indiquée pour la payer, que mon protêt lui est fait.

§ III. EN QUEL CAS ET DANS QUEL TEMPS LE PORTEUR PEUT-IL ET DOIT-IL FAIRE LE PROTÊT DE LA LETTRE DE CHANGE.

138. Le protêt se fait, soit que celui, sur qui la lettre est tirée, refuse de l'accepter, soit qu'après l'avoir acceptée, il refuse à l'échéance de la payer.

Le protêt, qui se fait faute d'acceptation, se fait avant l'échéance de la lettre. Celui, sur qui elle est tirée, n'est pas, à la vérité, tenu de payer avant l'échéance; mais il est tenu d'accepter, s'il a des fonds appartenans au tireur, ou s'il s'est engagé envers le tireur de l'accepter.

Le protêt faute de paiement se fait lorsque celui, sur qui la lettre est tirée, refuse de la payer à son échéance.

Le porteur doit, en ce cas, faire le protêt, soit que la lettre ait été acceptée, soit qu'elle ne l'ait pas été, et quoiqu'il l'ait déjà fait, faute d'acceptation.

139. Sur le temps auquel ce protêt doit être fait, il faut distinguer les différentes espèces de lettres de change.

Lorsque la lettre a une échéance, comme lorsqu'il est dit: *Vous paierez, le 10 octobre prochain*, ou bien, *à une usance, à deux usances, etc.*; ou bien lorsqu'il est dit: *A tant de jours de vue*; en ces cas l'Ordonnance de 1673, *tit.* 5, *art.* 4, dit, *que les porteurs de lettres seront tenus de les protester dans dix jours après celui de l'échéance.*

Il résulte de ces termes, *après celui de l'échéance*, que le jour de l'échéance de la lettre n'est pas compté dans ces dix jours. L'article 6 néanmoins semblait dire qu'il y était compris; mais la déclaration du roi, du 10 mai 1686, a levé cette contradiction, en déclarant expressément qu'il n'y était pas compris, et en dérogeant à cet égard, en tant que besoin serait, à l'article 6 de l'Ordonnance.

Au reste, ce temps de dix jours est continu, et les jours de dimanches et de fêtes qui s'y rencontrent, y sont compris; *art.* 6.

140. Selon le sens obvie des termes de l'article 4, ci-dessus cité, il semblerait que l'Ordonnance laisserait au choix du porteur de faire le protêt quel jour il voudrait dans ce temps de dix jours, même dès le premier jour, qui est le lendemain de l'échéance de la lettre; mais l'usage, qui est confirmé par la déclaration du roi du 28 novembre 1713, est qu'il ne se peut faire valablement que le dernier des dix jours. Par exemple, si une lettre à six jours de vue a été présentée le premier octobre, le terme de la lettre n'échéant par conséquent que le 7, et les dix jours ne commençant à courir que du 8, le protêt devra se faire le 17, ni plus tôt ni plus tard.

Lorsque le dixième jour se trouve être un jour de dimanche ou de fête, même solennelle, fût-ce le jour de pâques, on peut faire le protêt ce jour, nonobstant la révérence du jour. On permet aussi, en ce cas, de le faire la veille; et si la réponse au protêt porte un refus absolu de payer, ou si celui, à qui la lettre est protestée, n'est pas trouvé chez lui, le porteur n'est pas obligé de retourner chez lui. Mais s'il répond qu'il paiera le lendemain, ou même s'il répond qu'il attend nouvelle pour se décider, le porteur doit y retourner le lendemain, jour de l'échéance; et s'il paie, le protêt, qui lui a été fait la veille de l'échéance, sera aux frais du porteur : car il doit jouir du temps entier des dix jours, et il n'est pas en retard lorsqu'il paie le jour de l'échéance. Lorsque le porteur, sur la réponse faite au protêt de la veille, est retourné le lendemain, jour de l'échéance, sans avoir été payé, il est d'usage qu'il fasse ce jour un second protêt pour constater qu'il est retourné et qu'on a refusé de le payer.

Cette réitération de protêt est-elle absolument nécessaire? et le défaut de cette réitération fait-il déchoir le porteur de son recours de garantie contre le tireur et les endosseurs? Un négociant m'a dit qu'on avait jugé au consulat d'Orléans pour la négative; qu'il suffisait, en ce cas, au porteur d'attendre chez lui, pendant tout le jour de la fête, qu'on vienne lui payer la lettre, et de ne la renvoyer que le lendemain; et qu'en ce cas celui, à qui le protêt avait été fait, pour empêcher les frais auxquels le renvoi de la lettre donnerait lieu, devait aller le jour de la fête trouver le porteur au domicile exprimé par le protêt; et lui payer la lettre, ou constater par une sommation qu'il y est allé. Je trouve beaucoup de difficultés dans cette décision. La dette d'une lettre de change est une dette requérable; celui, sur qui elle est tirée, a le droit de jouir du temps entier des délais de dix jours; il n'est obligé de la payer qu'au jour auquel expire le délai, et il n'est pas obligé de la payer ailleurs que chez lui. Il ne peut donc être obligé d'aller trouver le porteur le jour de la fête; c'est au contraire le porteur qui est tenu d'y retourner; et faute d'y être retourné, et d'avoir fait constater, par une réitération de protêt, qu'il y est retourné, il ne peut pas établir qu'il n'a pas dépendu de lui de recevoir la lettre, ni par conséquent établir son recours en garantie.

Suivant les lois de plusieurs États d'Allemagne, même protestans, lorsque le jour auquel doit être fait le protêt se trouve être un jour de dimanche, on ne peut le faire que le lendemain; *Heinec. Elem. jur. Camb., cap.* 4, 37, 41.

Cet usage, qu'on ne puisse faire le protêt que le dernier des dix jours, a été favorablement établi en faveur du tireur et de l'accepteur, afin que le tireur, en faisant remettre des fonds, et l'accepteur, en trouvant de l'argent pendant ce temps, puissent éviter le protêt; c'est pourquoi ce terme de dix jours est appelé un terme de faveur et de grâce.

141. Quoique la lettre n'ait été endossée au porteur que depuis son échéance, dans le temps des dix jours de grâce, le jour auquel se doit faire le protêt n'est pas pour cela prorogé.

Si elle ne lui a été endossée qu'après l'expiration des dix jours de grâce, il est évident que l'endosseur ne peut, en ce cas, lui opposer le défaut du protêt dans le temps de l'Ordonnance, puisqu'il ne lui a pas été possible de le faire dans ledit temps, l'endossement ne lui ayant été fait qu'après l'expiration de ce temps.

Mais le tireur et les endosseurs précédens peuvent opposer le défaut de protêt fait dans le temps auquel il devait être fait, n'ayant pas été au pouvoir de celui qui a depuis endossé la lettre, de les priver par cet endossement de cette exception qui leur était acquise.

Reste la question de savoir quand ce propriétaire de la lettre, à qui elle n'a été endossée que depuis le jour auquel devait se faire le protêt, est obligé de le faire contre son endosseur. Il semble qu'il est dans le même cas que le porteur d'une lettre à vue qui n'a aucune échéance, lequel n'est astreint à aucun jour pour la présenter et protester, et qui peut le faire quel jour il voudra dans les cinq ans, comme nous le verrons *infrà, n.* 143; car il semble que c'est la même chose qu'une lettre ne contienne aucune échéance, ou qu'elle en contienne une qui était passée lorsqu'elle a été endossée. Néanmoins, un négociant expérimenté m'a assuré qu'on en faisait différence dans l'usage du commerce : que le porteur d'une lettre à vue est le maître de la présenter quand il veut dans les cinq ans; mais que le porteur d'une lettre endossée après l'expiration du temps du protêt, était tenu de la présenter et protester dans le temps auquel il a pu le faire, qui doit être déterminé *arbitrio judicis*, eu égard à la distance des lieux.

142. La disposition de l'Ordonnance, qui accorde le temps de dix jours pour le paiement des lettres qui ont une échéance certaine, n'a pas été exécutée pour les lettres payables à Lyon : le protêt en doit être fait le lendemain de l'échéance de la lettre. Cet usage est confirmé par un arrêt de réglement.

A l'égard des lettres qui sont payables aux foires ou paiemens de Lyon, suivant le réglement de 1667, *art.* 1, les acceptations des lettres se font dans le lieu d'assemblée des marchands, depuis le premier jour non férié du mois de paiement, jusqu'au sixième inclusivement, après lequel et icelui passé, les porteurs peuvent, tout le reste du courant du mois, faire protester, faute d'acceptation; et suivant l'article 9, les lettres acceptées qui n'auront pas été payées dans le courant du mois, seront protestées dans les trois jours suivans non fériés depuis l'expiration du mois.

Les lettres payables dans les autres foires, doivent être protestées le dernier jour de la foire, sans aucun jour de grâce; celui, sur qui elle est tirée, ne devant pas attendre inutilement, après le temps de la foire passée, qu'on lui présente la lettre : c'est ce qui m'a été attesté par un négociant très expérimenté.

143. A l'égard des lettres payables à vue, il n'y a aucune loi qui règle le temps dans lequel le porteur est tenu de les présenter et protester, faute de paiement. Il paraîtrait équitable qu'il dût le faire dans un temps qui serait laissé à l'arbitrage du juge, et qu'il ne devrait pas, en tardant un peu trop long-temps, faire courir au tireur les risques de l'insolvabilité qui peut survenir dans celui sur qui la lettre est tirée.

Savary, *tom.* 2, *par.* 17, pense que le délai, dans lequel une lettre à vue doit être présentée et protestée, doit se régler eu égard à la distance du lieu d'où la lettre est tirée à celui où elle est payable, à raison de quinze jours pour les dix premières lieues, et d'un jour pour les cinq lieues au-delà, par argument de ce que l'Ordonnance de 1673, *tit.* 5, *art.* 13, a réglé pour les délais d'appeler en garantie.

Néanmoins, plusieurs négocians très éclairés et très expérimentés m'ont assuré que, suivant le sentiment commun, le protêt de ces lettres était valable, pourvu qu'il fût fait dans les cinq ans, après lequel la lettre est présumée acquittée, comme nous le verrons ci-après.

144. Si, par quelque force majeure et imprévue, le protêt n'avait pu se faire le jour auquel il doit être fait, le défaut de protêt dans ledit jour ne ferait pas déchoir le propriétaire de la lettre de ses actions en garantie; car on ne peut jamais être obligé à l'impossible : *Impossibilium nulla obligatio est*; *l.* 185, ff. *de reg. jur.* Il n'est néanmoins relevé de ce défaut qu'à la charge que le protêt soit fait depuis, dans un temps dans lequel le juge estimera qu'il a pu depuis être fait, lequel temps doit être laissé à l'arbitrage du juge.

Par exemple, si demeurant à Orléans, et ayant une lettre de change à recevoir à Marseille, à un certain jour, j'en ai passé l'ordre à mon correspondant de Marseille, et je la lui ai envoyée afin qu'il la reçût pour moi : ce correspondant, porteur de ma lettre, est mort subitement la veille ou le jour qu'il devait aller recevoir ou

pretester ma lettre; le défaut de pretêt fait dans ce jour ne me fera pas déboir de mes actions, pourvu que je le fasse faire depuis, dans un temps qui sera jugé suffisant pour que j'aie pu être instruit de l'accident, et donner des ordres pour les faire faire.

Par la même raison, si le porteur de ma lettre a été empêché de faire le protêt au jour auquel il devait être fait, par une maladie aiguë qui ne lui laissait pas la liberté d'esprit pour donner les ordres de le faire faire, je serai excusé du défaut du protêt jusqu'à ce qu'il ait pu depuis être fait. Mais si, étant peu après devenu en convalescence, il a négligé de le faire faire, je serai déchu de mes actions en garantie; car je suis tenu de la négligence du porteur mon mandataire.

145. On a demandé si le propriétaire de la lettre de change était dispensé du pretêt, lorsque la lettre est égarée. La raison de douter est que, suivant ce que nous avons vu au paragraphe précédent, la lettre doit être en entier transcrite dans l'acte de pretêt, ce qui ne se peut faire lorsqu'elle est égarée. Or, dit-on, à l'impossible nul n'est tenu. La raison de décider au contraire est, que l'impossibilité où est le porteur qui n'a pas entre ses mains la lettre de change, de la transcrire dans l'acte du protêt, peut bien le dispenser de la formalité de la transcription dans l'acte de protêt; mais elle ne doit pas le dispenser en entier de l'obligation de faire le protêt, à laquelle il doit satisfaire autant qu'il est en lui.

146. On demande encore si le porteur est dispensé du protêt, lorsque celui, sur qui la lettre est tirée, est mort, et que sa veuve et ses héritiers présomptifs allèguent qu'ils sont dans leurs délais pour prendre qualité. Il faut décider qu'il n'est pas pour cela dispensé du protêt; et que cette réponse de la veuve et des héritiers, insérée dans l'acte du protêt, tient lieu de refus, et donne droit au porteur d'agir en recours contre le tireur ou les endosseurs: il peut même, en vertu d'une permission du juge, saisir et arrêter les effets de la succession de l'accepteur; cette exception pouvant seulement arrêter la demande contre la veuve et ses héritiers.

Si le défunt n'avait laissé sur le lieu, ni veuve, ni héritiers présomptifs, je crois que, même en ce cas, le porteur ne serait pas dispensé du protêt, et qu'il pourrait le faire à la maison du défunt.

147. On a demandé encore, si la faillite de celui sur qui la lettre est tirée, ayant été ouverte et étant devenue publique avant l'échéance de la lettre, le porteur est chargé de la faire protester. La raison de douter est, que le tireur et les donneurs d'ordres sont suffisamment avertis par la publicité de la faillite, que la lettre ne sera pas payée par celui sur qui elle est tirée; qu'en conséquence le protêt devient superflu, cet acte n'étant établi que pour leur donner la connaissance du refus de paiement. Nonobstant cette raison, Savary, *par.* 45, décide que le propriétaire de la lettre n'est pas dispensé, en ce cas, du pretêt et de la dénonciation du protêt, à peine de déchéance de ses actions de garantie. La raison est, que les formalités établies par les lois pour donner à quelqu'un connaissance de quelque fait, ne se suppléent point, et ne s'accomplissent pas par équipollence. Par exemple, quoique la formalité de l'insinuation des donations soit établie pour en donner connaissance à ceux qui ont intérêt de la connaître, néanmoins le donataire n'en est pas dispensé, même à l'égard de ceux qu'on justifierait avoir eu connaissance de la donation. Par la même raison, le propriétaire de la lettre n'est pas dispensé du protêt et de la dénonciation du protêt à l'égard du tireur et des donneurs d'ordre, quoique la publicité de la faillite de celui sur qui la lettre était tirée, paraisse leur avoir donné connaissance du défaut de paiement de la lettre : il n'est pas même impossible qu'ils aient ignoré la faillite, quelque publique qu'elle ait été; d'ailleurs, ne voyant pas de protêt, ils ont pu s'imaginer que le propriétaire de la lettre avait eu quelque moyen de la faire acquitter.

§ IV. DE LA DÉNONCIATION DES PROTÊTS, ET DES POURSUITES EN GARANTIE.

148. Il ne suffit pas d'avoir fait le pretêt, il faut poursuivre en conséquence le tireur et les endosseurs. C'est ce qui est porté par l'Ordonnance de 1673, *tit.* 5, *art.* 13, qui dit : « Ceux qui auront tiré ou endossé les lettres, *seront poursuivis en garantie.* »

Quoique ces termes paraissent signifier une poursuite judiciaire, néanmoins j'ai ouï dire à des négocians, qu'il était d'usage entre eux de renvoyer dans les délais de l'Ordonnance, par une lettre missive, la lettre de change avec l'acte de protêt, à celui qui l'a fournie, lequel ne manque pas d'en accuser la réception, et de la passer en compte à celui à qui il l'a fournie.

S'il était assez malhonnête homme pour dire que la lettre ne lui a pas été renvoyée, ou qu'elle ne l'a été qu'après les délais de l'Ordonnance expirés, j'ai ouï dire à des juges-consuls qu'ils étaient dans l'usage, en ce cas, d'admettre la preuve du renvoi de la lettre par les livres de la partie qui a renvoyé la lettre.

Ce qui me paraît souffrir beaucoup de difficulté; car il peut fort bien arriver que le porteur de la lettre, à qui je l'ai endossée, ait écrit sur son livre qu'il m'a renvoyé un tel jour la lettre de change, parce qu'il comptait effectivement me la renvoyer, et que néanmoins, par

oubli, il ne me l'ait pas renvoyée : est-il juste que n'ayant pas reçu la lettre, et n'ayant pu par conséquent faire de mon côté mes diligences contre le tireur ou le précédent endosseur, je souffre de la négligence du porteur de la lettre, négligence à laquelle je n'ai pu parer? au lieu que dans le cas auquel ce serait moi qui nierais, contre la vérité, avoir reçu la lettre, le porteur doit s'imputer d'avoir suivi ma foi, en me renvoyant la lettre et le protêt dans une missive, au lieu de me le dénoncer judiciairement.

Au reste, le propriétaire de la lettre de change est censé avoir satisfait à l'Ordonnance, lorsque celui, qui la lui a fournie, convient que la lettre lui a été renvoyée avec l'acte de protêt dans le délai de l'Ordonnance, de même que s'il lui avait fait faire un acte de dénonciation du protêt par un huissier.

149. Cet acte de dénonciation de protêt est un commencement de poursuite en garantie. Il suffit, pour satisfaire à l'article de l'Ordonnance ci-dessus cité, qui porte que dans le délai par elle réglé, *ceux qui auront tiré et endossé les lettres, seront poursuivis en garantie :* il n'est pas nécessaire qu'il soit accompagné d'assignation. Le propriétaire de la lettre, après avoir fait faire cet acte de dénonciation, a tout le temps de cinq ans pour former ensuite sa demande quand bon lui semblera. C'est l'avis de Savary, *tome* 2, *parer.* 8.

150. *Vice versâ*, le propriétaire de la lettre sera censé avoir satisfait à l'Ordonnance, si, après avoir fait protester la lettre, il a assigné, dans le délai de l'Ordonnance, le tireur ou les endosseurs, pour être condamnés à payer la lettre que celui, sur qui elle est tirée, a refusé de payer, quoiqu'il ait omis de leur donner, en tête de l'exploit d'assignation, copie de l'acte de protêt : car l'Ordonnance n'a dit autre chose, sinon que le tireur et les endosseurs *seront poursuivis en garantie ;* elle ne dit point qu'on leur donnera copie du protêt. Il est vrai que le protêt étant le fondement de la demande du propriétaire de la lettre contre eux, il doit leur en donner copie; mais c'est un principe constant, que le défaut d'avoir donné, par l'exploit de demande, copie des pièces qui servent de fondement à la demande, n'emporte pas la nullité de la demande, et que la peine est seulement que les copies, qui en seront données dans le cours de l'instance, n'entreront pas en taxe, et que les réponses, qui y seront faites, seront aux dépens du demandeur; *Ordonnance de* 1667, *tit.* 2, *art.* 6.

151. Lorsqu'on vient à l'assignation, elle doit être faite à la requête du propriétaire de la lettre de change; elle ne serait pas valablement faite à la requête du porteur de la lettre, mandataire de ce propriétaire, quoiqu'il puisse faire le protêt pour le propriétaire de la lettre. La raison est que, selon nos usages, il n'y a que le roi qui ait le droit de plaider par procureur.

152. Le temps, dans lequel l'Ordonnance de 1673 veut qu'on agisse en garantie, est, à l'égard des personnes domiciliées dans le royaume, de quinzaine, lorsqu'elles sont domiciliées dans les dix lieues de l'endroit où la lettre était payable; et lorsque leur domicile en est plus éloigné, on ajoute au délai de quinzaine, un jour par cinq lieues au-delà des dix lieues pour lesquelles le délai de quinzaine est donné; *art.* 15.

Les délais, à l'égard des personnes domiciliées en Angleterre, Flandre ou Hollande, sont de deux mois; de trois pour l'Italie, l'Allemagne et la Suisse; de quatre pour l'Espagne, et de six pour le Portugal, la Suède et le Danemarck; *art.* 13. Ce délai est compté *du lendemain du protêt, jusqu'au jour de l'action en garantie inclusivement.*

Par exemple, si le protêt a été fait le 1er mai, le tireur domicilié dans les dix lieues doit être poursuivi au plus tard le 16; car le 16 est précisément le dernier jour de la quinzaine, qu'on commence à compter du 2, lendemain du protêt; et cette action doit nécessairement être intentée un des jours du délai, suivant qu'il résulte de ces termes, *jusqu'au jour de l'action inclusivement.*

Les jours de dimanches et de fêtes sont compris dans ces délais; *art.* 14.

153. Ce n'est pas seulement le propriétaire de la lettre qui est obligé de dénoncer le protêt et agir en garantie dans le temps réglé par l'Ordonnance; le dernier endosseur, sommé en garantie par le propriétaire, est aussi obligé lui-même d'exercer son action en garantie contre le tireur ou précédent endosseur dans un pareil délai, lequel doit courir du lendemain du jour qu'il a été assigné en garantie, et réglé suivant la distance du domicile de cet endosseur demandeur en garantie, et de l'assigné en garantie; et successivement chaque endosseur jusqu'au premier est obligé d'agir en garantie dans le délai ainsi réglé.

Comme il pourrait arriver que le dernier endosseur, poursuivi en garantie par le propriétaire de la lettre, omît de dénoncer les poursuites faites contre lui à l'endosseur précédent, et que les endosseurs précédens et le tireur, auxquels on n'aurait pas fait de dénonciation, fussent déchargés de la garantie dont ils sont tenus, le propriétaire de la lettre, pour conserver l'action de garantie qu'il a contre eux, comme exerçant les droits du dernier endosseur qui lui a fourni la lettre, peut les poursuivre en garantie dans les délais de l'Ordonnance.

154. Il nous reste à observer que la disposition de l'Ordonnance de 1673, pour les délais d'agir en garantie, souffre exception par rapport aux lettres payables aux paiemens de Lyon, à l'égard desquelles il suffit de dénoncer le protêt et d'agir en garantie dans les deux mois, lorsque les lettres sont tirées au dedans du royaume. C'est la disposition de l'article 9 du réglement de 1664, qui règle aussi différemment les délais pour celles tirées des pays étrangers, auquel le roi déclare, par son Ordonnance de 1673, *tit.* 5, *art.* 7, qu'il n'entend point innover.

§ V. SUIVANT QUELLE LOI DOIT SE RÉGLER LA FORME DES PROTÊTS; LE TEMPS DE LES FAIRE ET DE LES DÉNONCER.

155. On doit suivre, pour toutes ces choses, la loi du lieu où la lettre est payable.

Cela ne peut être douteux à l'égard de la forme du protêt; car c'est une règle générale qu'en fait de formalités d'actes on suit la loi et le style du lieu où l'acte se passe; par conséquent le protêt devant se faire au lieu où la lettre est payable, il doit se faire conformément aux lois et au style de ce lieu.

On doit décider la même chose à l'égard du temps dans lequel le protêt doit être fait ou dénoncé; car la lettre de change est censée contractée au lieu où elle est payable, suivant cette règle de droit : *Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur, in quo, ut solveret, se obligavit; l.* 21, *ff. de obl. et act.* Par conséquent, les obligations s'en doivent régler suivant les lois et usages dudit lieu, auxquels les contractans doivent être censés s'être soumis, suivant cette autre règle : *In contractibus veniunt ea quæ sunt moris et consuetudinis in regione in quâ contrahitur.*

§ VI. DE LA PEINE DU DÉFAUT DE PROTÊT, OU DE DÉNONCIATION DU PROTÊT.

156. La peine du propriétaire de la lettre de change, lorsque lui, ou le porteur son mandataire, a manqué d'en faire le protêt dans le temps réglé par la loi, ou lorsqu'après l'avoir fait, il a manqué d'agir en garantie contre le tireur et les endosseurs dans le temps fixé par l'Ordonnance, est de porter lui-même l'insolvabilité de la personne sur qui la lettre est tirée, et en conséquence d'être déchu de l'action qu'il a contre le tireur et les endosseurs pour la répétition de la somme qu'il a donnée pour la lettre de change; *Ordonnance de* 1673, *tit.* 5, *art.* 15.

Cette peine est une suite de l'obligation que contracte le porteur à qui la lettre est fournie, envers le tireur qui la lui fournit, de présenter la lettre à l'échéance à celui sur qui elle est tirée, et d'avertir le tireur du refus qu'on fait de la payer, afin que le tireur puisse prendre ses mesures pour la faire acquitter. Le porteur, qui manque à cette obligation, est tenu des dommages et intérêts qu'en souffre le tireur. Ces dommages et intérêts consistent en ce que le tireur souffre de l'insolvabilité de celui sur qui la lettre est tirée, par rapport aux fonds qu'il lui avait remis pour l'acquittement de la lettre de change, qu'il aurait peut-être pu retirer, s'il eût été averti. La réparation de ces dommages et intérêts consiste à faire porter au propriétaire de la lettre cette insolvabilité à la place du tireur, en lui déniant tout recours contre le tireur pour la valeur de la lettre; sauf à s'en faire payer comme il pourra, par celui sur lequel la lettre est tirée, contre lequel il exercera les droits du tireur.

157. Pour que cette peine ait lieu, et pour que le tireur et les endosseurs soient admis dans la fin de non recevoir contre la demande du propriétaire de la lettre, résultante du défaut de protêt ou de poursuites dans le temps de l'Ordonnance, il faut qu'ils justifient, dans le temps qui leur sera fixé par le juge, que celui, sur qui la lettre était tirée, avait provision au temps auquel la lettre a dû être protestée, ou leur était alors redevable du montant de la lettre. C'est ce qui est décidé par l'Ordonnance de 1673, *tit.* 5, *art.* 16, qui porte : « Les tireurs et endosseurs des lettres seront tenus de prouver « que ceux sur qui elles étaient tirées leur étaient « redevables, ou avaient provision au temps « qu'elles ont dû être protestées; sinon ils seront « tenus de les garantir. »

La raison est que le tireur, qui n'a point remis de fonds, et n'est point créancier de celui sur qui la lettre est tirée, ne pouvant rien souffrir de son insolvabilité, ni par conséquent du défaut de protêt, ou de dénonciation du protêt, il ne peut pas se plaindre de ce défaut, ni, sous prétexte de ce défaut, dont il n'a rien souffert vis-à-vis de celui sur qui la lettre est tirée, se dispenser de rendre la valeur de sa lettre qui n'a point été acquittée.

Cette décision a lieu, soit que celui, sur qui la lettre est tirée, l'ait acceptée ou non; car par son acceptation, il se rend bien débiteur envers ceux à qui la lettre est payable, mais non envers le tireur qui ne lui en a pas remis les fonds.

158. Lorsque la lettre n'a pas été acceptée, les endosseurs, pour pouvoir tirer une fin de non recevoir du défaut de protêt, ou de dénonciation du protêt contre l'action de garantie du propriétaire de la lettre, sont pareillement, aux termes de l'article de l'Ordonnance ci-dessus cité, tenus de justifier qu'au temps auquel la lettre a dû être protestée, celui, sur qui elle

était tirée, avait des fonds qui lui avaient été remis, soit par le tireur, soit par eux, ou qu'il leur était redevable; faute de pouvoir justifier cela, les endosseurs, qui n'auraient pu, en ce cas, avoir d'action contre celui sur qui la lettre est tirée, pour l'obliger à acquitter la dette, ne peuvent rien souffrir de son insolvabilité, et par conséquent ils ne peuvent alléguer que le défaut de protêt, ou de dénonciation du protêt, leur ait fait aucun préjudice. Ils sont, de même que ceux qui transportent une créance, obligés de garantir le cessionnaire, *debitum subesse*.

Je pense qu'il en serait autrement si la lettre avait été acceptée; car celui, sur qui elle est tirée, s'en étant rendu, par son acceptation, débiteur envers tous ceux à qui elle est payable, quoique le tireur ne lui eût pas remis de fonds, il ne laissait pas d'être redevable de cette lettre envers les endosseurs à qui elle a été payable, lesquels ont par conséquent action contre lui pour la faire acquitter, et avaient conséquemment intérêt que le refus de paiement leur fût dénoncé, pour pouvoir prendre contre lui leurs mesures.

ARTICLE II.

De l'exercice des actions auxquelles le défaut de paiement de la lettre donne ouverture.

159. Nous avons vu, au chapitre précédent, quelles étaient les différentes actions que le propriétaire de la lettre de change pouvait exercer en cas de refus de paiement. Il a, de son chef, l'action qui naît du contrat de change contre celui qui la lui a fournie, dont nous avons parlé *suprà*, *n*. 62 et *suiv*. Il a action contre l'accepteur, dont il a été parlé, *n*. 117. Lorsque la lettre contient un ou plusieurs endossemens, il a, comme cessionnaire des droits et actions de celui qui lui a fourni la lettre, action contre chacun des précédens endosseurs, et contre le tireur.

Le propriétaire de la lettre peut exercer l'action qu'il a contre l'accepteur, quand même il aurait omis de protester la lettre; mais ordinairement il n'est reçu à exercer celle qu'il a contre les endosseurs et le tireur, que quand il a fait le protêt et les diligences dont il a été parlé dans les paragraphes précédens.

Nous avons vu au chapitre précédent, *art*. 1, *n*. 63 et 64, et *art*. 6, *n*. 117, ce que le propriétaire de la lettre de change a droit de demander par ces différentes actions. Nous y renvoyons.

160. Le propriétaire de la lettre de change peut, si bon lui semble, intenter en même temps toutes ses actions contre les différens débiteurs qui en sont tenus. L'action, qu'il a intentée contre l'un d'eux, ne l'exclut pas d'intenter celles qu'il a contre les autres, mais comme ces différens débiteurs sont débiteurs envers lui de la même chose, le paiement, qui lui est fait par l'un d'eux, libère d'autant envers lui les autres.

De là il suit que si tous ceux, qui sont débiteurs de la lettre de change, tant l'accepteur que le tireur et les endosseurs, avaient fait banqueroute, le propriétaire de la lettre, qui est créancier de chacun d'eux du total, peut se faire colloquer dans la distribution des biens de chacun d'eux, comme créancier du total; mais aussitôt que, par la distribution qui aura été la première terminée, il aura été payé d'une partie de sa créance, *putà*, du quart, il ne pourra plus rester dans les distributions des autres débiteurs qui restent à faire, que pour le surplus de ce qui lui est dû.

161. Le refus de paiement de la lettre de change donne aussi ouverture à l'action du tireur contre l'accepteur à qui il a remis les fonds, pour que celui-ci le garantisse de l'action du propriétaire de la lettre; *et vice versâ*, lorsque les fonds n'ont pas été remis à l'accepteur, cet accepteur a action contre le tireur pour qu'il lui remette les fonds, et qu'il le garantisse de l'action du propriétaire de la lettre.

Le refus de paiement de la lettre donne pareillement lieu à l'action de garantie que chacun des endosseurs a contre tous les endosseurs précédens et contre le tireur; chacun de ceux qui ont ces actions de garantie, peut se faire colloquer dans la distribution des biens de ses garans pour sa créance de garantie, tant pour ce qu'il a payé au propriétaire de la lettre de change, à l'effet d'en être remboursé par ses garans, que pour ce qui est encore dû, à l'effet que ses garans l'en fassent décharger, en rapportant quittance ou décharge du propriétaire de la lettre. Par exemple, le dernier endosseur, qui a fourni la lettre de change au propriétaire, ayant pour garans les précédens endosseurs et le tireur, ce dernier endosseur, ou les syndics de ses créanciers pour lui peuvent exercer de cette manière contre eux l'action de garantie, et se faire colloquer de cette manière dans les actes de distribution des biens des précédens endosseurs et du tireur.

162. La créance de ce dernier endosseur pour son recours de garantie, et celle du propriétaire de la lettre de change, étant des créances de la même chose, les collocations de l'une et de l'autre doivent être, dans l'acte de distribution, réunies comme n'en faisant qu'une; ce qui reviendra par la distribution au marc la livre, pour lesdites collocations réunies, sera touché par le propriétaire de la lettre de change;

et le paiement, qui lui en sera fait, sera censé fait en même temps à ce dernier endosseur, en ce que ce paiement diminuant et acquittant d'autant la dette de cet endosseur, il diminue aussi d'autant la créance de garantie qu'il avait.

Pour plus grand éclaircissement, supposons que le propriétaire de la lettre de change est créancier d'une somme de 1,000 liv. en principal, intérêts et frais : il s'est fait colloquer dans la distribution des biens du tireur pour cette somme de 1,000 liv. : les endosseurs, qui sont conjointement et solidairement débiteurs de cette somme envers le propriétaire de la lettre, et qui ont pour garant le tireur par qui ils en doivent être acquittés, se sont pareillement fait colloquer dans la distribution des biens du tireur pour cette créance de garantie de cette somme de 1,000 liv. Toutes ces collocations sont regardées comme n'en faisant qu'une ; et si, par la distribution, il revient vingt-cinq pour cent à chacun des créanciers du tireur, le propriétaire de la lettre et les endosseurs recevront, pour leurs collocations réunies, une somme de 250 livres, qui sera touchée par le propriétaire de la lettre ; et ce paiement fait au propriétaire de la lettre, sera censé fait en même temps aux endosseurs, parce qu'en acquittant de 250 livres la créance du propriétaire de la lettre, et la réduisant à 750 livres, il acquitte d'autant les créances de garantie que les endosseurs avaient contre le tireur, et les réduit pareillement à 750 livres.

Il résulte de ceci qu'un débiteur de la lettre, qui n'en a rien payé, n'a intérêt d'intervenir à la distribution des biens de ceux qui sont ses garans, que dans le cas auquel le propriétaire et créancier de la lettre aurait omis d'y intervenir. Par exemple, dans l'espèce précédente, lorsque le propriétaire de la lettre est intervenu dans la distribution des biens du tireur, les endosseurs, qui n'ont rien payé de cettre lettre dont ils sont débiteurs conjointement avec le tireur, n'ont pas besoin d'y intervenir pour la garantie qu'ils ont contre ce tireur ; car ce que le propriétaire de la lettre touchera de ladite distribution, leur profitera de même que s'ils y étaient intervenus.

Mais si l'un de ces endosseurs, ayant été d'abord poursuivi par le propriétaire de la lettre, en avait payé une partie, le propriétaire de la lettre ne pouvant plus, en ce cas, se faire colloquer dans la distribution des biens du tireur, que comme créancier de ce qui lui en reste dû, l'endosseur, qui en a payé une partie, a intérêt de se faire colloquer dans la distribution des biens du tireur, comme créancier de ce qu'il en a payé, à l'effet de s'en faire rembourser.

163. Sur la question, si la remise que le propriétaire et créancier de la lettre de change fait à l'un des débiteurs, libère les autres, voyez *le chapitre suivant, article* 2.

CHAPITRE VI.

Des différentes manières dont s'éteignent les créances de la lettre de change, et des prescriptions qu'on peut lui opposer.

La principale manière dont s'éteignent les créances de la lettre de change, est le paiement qui en est fait ; nous en traiterons dans un premier article. Elles s'éteignent aussi par la remise qui est faite au débiteur ; nous en traiterons dans un second article. Enfin, elles s'éteignent par les autres manières par lesquelles s'éteignent toutes les autres créances ; telles sont la compensation, la novation, la confusion : nous en traiterons dans un troisième article. Nous traiterons, dans un quatrième, des prescriptions qui leur peuvent être opposées.

ARTICLE PREMIER.

Du paiement de la lettre de change.

Nous verrons, 1° à qui le paiement de la lettre de change doit être fait ; 2° par qui il peut être fait ; 3° quand, et en quelles espèces.

§ I. A QUI LE PAIEMENT DE LA LETTRE DE CHANGE DOIT-IL ÊTRE FAIT?

164. Régulièrement, le paiement de la lettre de change, de même que celui de toutes les autres créances, suivant les principes établis en notre Traité des obligations, *part.* 3, *chap.* 1, *art.* 2, doit, pour être valable, être fait au véritable créancier, c'est-à-dire, à celui qui est le propriétaire de la lettre de change, ou à celui qui a la qualité ou pouvoir de recevoir pour lui.

De là il suit que le paiement fait à celui à qui, par le texte même de la lettre de change, la lettre est payable, n'est pas néanmoins valable,

s'il a cessé d'être le propriétaire de la lettre de change par un endossement qu'il a passé au profit d'une autre personne. Le paiement, en ce cas, ne peut se faire valablement qu'à celui qui, au temps du paiement, se trouve être le propriétaire de la lettre, et le véritable créancier par l'endossement qui en a été passé à son profit, ou à celui qui a pouvoir de lui.

165. Observez une différence entre cet endossement et le transport qui serait fait de la lettre de change par un acte séparé, ce qui se pratique lorsque la lettre de change n'est pas *à ordre*. Ce transport, fait par un acte séparé, de même que les transports de toutes les autres créances, suivant les principes établis en notre Traité du contrat de vente, *n.* 554, ne saisit de la propriété de la lettre de change le cessionnaire, que du jour qu'il l'a signifié à l'accepteur sur qui la lettre est tirée, et qui est le débiteur de la lettre. En conséquence, suivant les principes établis en notre Traité du contrat de vente, *n.* 555, le paiement de la lettre de change, qui serait fait au cédant depuis ce transport fait par un acte séparé, mais avant la signification, serait un paiement valable qui opérerait la libération, tant de l'accepteur que du tireur.

Au contraire l'endossement saisit, de plein droit, de la lettre de change et de tous les droits de l'endosseur, celui au profit de qui l'endosseur a passé son ordre; et dès lors le paiement de la lettre ne peut plus être fait à l'endosseur.

On entend assez que nous n'avons parlé jusqu'à présent que de l'espèce d'endossement qui renferme une cession et transport de la lettre de change: l'endosseur, dans l'autre espèce d'endossement, qui ne renferme qu'un simple mandat, demeurant le propriétaire et le véritable créancier de la lettre de change, il n'est pas douteux que le paiement peut lui en être valablement fait, de même qu'à celui à qui il a passé son ordre.

166. Le paiement d'une créance ne pouvant, suivant les principes établis en notre Traité des obligations, *n.* 504, être valablement fait, même au véritable créancier, qu'autant qu'il est capable d'administrer son bien, il suit de là que si le propriétaire de la lettre de change, avant que de s'en être fait payer, meurt, et laisse des héritiers mineurs et non usans de leurs droits, le paiement de la lettre ne peut être valablement fait qu'à leur tuteur; et celui, que l'accepteur aurait fait à ces mineurs, ne le libérerait pas envers eux ni envers le tireur, si ce n'est jusqu'à concurrence de ce que la somme payée aurait tourné à leur profit.

Il en serait autrement, si la lettre avait été passée au profit d'un mineur, quoiqu'il ne fût pas marchand, ni usant de ses droits; le paiement de la lettre que celui, sur qui la lettre est tirée, aurait fait à ce mineur, serait valable vis-à-vis du tireur qui lui en a donné l'ordre, selon cette règle de droit : *Quod jussu alterius solvitur, perindè est ac si ipsi solutum esset; l.* 180, ff. *de reg. jur.* Il n'importe quelle soit la personne à qui le paiement est fait; *l.* 4, *cod. de solut.* Mais si ce mineur avait dissipé la somme qu'il a reçue pour le paiement de la lettre de change, et que le tireur de la lettre, qui la lui a donnée à recevoir, ne pût justifier que ce mineur en a fait un emploi utile, ce mineur serait restituable contre le billet qu'il aurait fait au tireur, par lequel il se serait obligé envers le tireur de lui donner la valeur de la lettre.

167. Lorsqu'une lettre de change a été passée à une femme usante de ses droits; si cette femme, propriétaire de la lettre de change, avant que de s'en faire payer, s'est mariée, et a passé sous puissance de mari, le paiement de la lettre ne peut plus être fait valablement qu'à son mari; et celui, qui serait fait à cette femme par l'accepteur qui la connaîtrait, ne serait pas valable, et ne libérerait pas l'accepteur, ni envers elle, ni envers son mari, ni envers le tireur de la lettre et ses ayans-causes, si ce n'est jusqu'à concurrence de ce que la somme payée aurait tourné au profit de cette femme ou de son mari.

Mais si l'accepteur ne connaissait pas l'état de cette femme, qui a été mariée dans un lieu éloigné de celui de sa demeure, et qu'il eût de bonne foi payé la lettre de change à cette femme, le paiement serait valable, et opérerait la libération de l'accepteur, à cause de sa bonne foi. C'est, en ce cas, la faute du mari d'avoir laissé la lettre de change entre les mains de sa femme, ou du moins de n'avoir pas averti celui sur qui la lettre était tirée, qu'il était devenu le mari de cette femme, lorsqu'il lui a fait le paiement de la lettre. On ne peut alléguer pour cet effet le texte de droit où il est dit : *Qui cum alio contrahit debet esse gnarus conditionis ejus cum quo contrahit :* ce texte ne peut recevoir d'application. Quand j'ai contracté avec quelqu'un, rien ne m'obligeait de contracter avec lui, et j'ai pu prendre le temps de m'informer auparavant qui il était, si je ne le connaissais pas. Mais un banquier, à qui on présente une lettre de change au jour de son échéance, est obligé de l'acquitter le jour même, et il ne peut pas avoir le temps de s'informer de l'état de toutes les personnes qui lui en présentent journellement.

168. Le principe que le paiement de la lettre de change, pour être valable, doit être fait au propriétaire de la lettre, ou à quelqu'un qui ait

pouvoir de lui, eu qualité de recevoir pour lui, sert à la décision de la question suivante.

Le propriétaire de la lettre de change l'a envoyée par la poste à son correspondant, sur le lieu où elle est payable; il a passé son ordre à son correspondant afin qu'il la reçût pour lui: le courrier de la poste est attaqué en chemin par des voleurs, et dévalisé. Avant qu'on ait pu donner avis de l'accident à l'accepteur sur qui la somme est tirée, l'un des voleurs, qui s'est emparé de la lettre, se présente avec la lettre sous le faux nom de celui à qui l'ordre en est passé, et en reçoit le paiement de l'accepteur. Ce paiement opère-t-il la libération, soit de l'accepteur, soit du tireur, envers le propriétaire de la lettre? Scaccia, § 2, *gl.* 5. *n.* 340, décide, conformément au principe ci-dessus, que ce paiement n'est pas valable, et ne peut opérer la libération ni du tireur ni de l'accepteur envers le propriétaire de la lettre de change, ce paiement ayant été fait à une personne qui n'avait ni pouvoir du propriétaire de la lettre, véritable créancier de la somme y portée, ni qualité de recevoir pour lui. En vain opposerait-on que l'accepteur, qui a payé la lettre à celui qui la lui a présentée en prenant faussement le nom de celui qui avait l'ordre de la recevoir, a eu un juste sujet de croire, quand il a vu la lettre entre ses mains, qu'il était effectivement la personne qu'il se disait être, et que le paiement qu'il lui a fait, a été fait de bonne foi. La réponse est, que la dette, que le tireur a contractée envers le donneur de valeur, propriétaire de la lettre de change, et ses successeurs, et à laquelle l'accepteur a accédé, n'est pas une dette d'un corps certain; c'est une dette *generis seu quantitatis*, savoir, de la somme d'argent portée par la lettre que le tireur s'est obligé de lui faire payer au lieu où la lettre de change est tirée. Or, il y a une grande différence entre les dettes d'un corps certain, et les dettes *generis seu quantitatis*, telle qu'est celle d'une somme d'argent. Dans les dettes d'un corps certain, la chose due est aux risques du créancier à qui elle est due; le débiteur en est libéré, lorsque, sans sa faute, il a cessé de l'avoir en sa possession; d'où il suit que si le débiteur l'a payée à une personne qu'il avait sujet de croire munie du pouvoir du créancier, quoiqu'elle ne le fût pas, ce paiement est valable, et opère sa libération, puisque, par ce paiement, il a cessé, sans aucune faute de sa part, d'avoir en sa possession la chose due. Par exemple, si vous m'avez vendu votre cheval, que j'aie envoyé Pierre avec un billet par lequel je vous marquais de livrer ce cheval à Pierre qui vous présenterait ce billet; qu'un voleur en chemin ayant ravi ce billet à Pierre, se soit présenté à vous en se disant faussement être Pierre, et que vous lui ayez livré le cheval; il n'est pas douteux que par ce paiement vous êtes libéré envers moi de la dette de ce cheval, parce que cette dette est la dette d'un corps certain que vous avez livré de bonne foi à celui que vous aviez sujet de croire muni de mon pouvoir pour l'emmener. Il n'en est pas de même des dettes *generis*, telle qu'est la dette d'une somme d'argent. On ne peut pas dire, à l'égard de ces dettes, que la chose due est aux risques du créancier à qui elle est due, parce qu'on ne peut précisément déterminer quelle est la chose qui est due; c'est pourquoi, quand même le débiteur d'une somme d'argent aurait perdu par une force majeure les deniers qu'il destinait pour le paiement de cette somme, il n'est pas pour cela libéré: *Incendium ære alieno non exuit debitorem*; *l.* 11, *Cod. si cert. pet.*; et par la même raison le paiement, que le débiteur fait, quoique sans sa faute, à une personne qu'il croyait de bonne foi avoir pouvoir du créancier pour recevoir, quoiqu'elle ne l'eût pas, ne peut le décharger de cette dette, à moins que ce ne soit par la faute du créancier qu'il ait été induit en erreur.

Mais, dira-t-on, si le débiteur d'une somme d'argent l'a payée à celui qui avait la procuration du créancier; ce paiement, quoique fait depuis la révocation de la procuration, est valable, à cause de la bonne foi du débiteur, qui voyait la procuration, et en ignorait la révocation; *l.* 12, § 2; *l.* 34, § 3; *l.* 51, ff. *de solut.* Cependant ce paiement est fait, en ce cas, à une personne qui, au moyen de la révocation de la procuration, n'avait pas pouvoir du créancier pour recevoir: donc pareillement, dans cette espèce, le paiement de la dette d'une somme d'argent fait à une personne qui n'avait pas pouvoir du créancier, doit opérer la libération du débiteur, à cause de la bonne foi du débiteur, lorsque ce débiteur a eu un juste sujet de croire que celui à qui il payait avait ce pouvoir.

La réponse est, que si, dans l'espèce de la révocation d'une procuration, le paiement est valable, ce n'est pas précisément à cause de la bonne foi du débiteur; c'est parce que le débiteur a été induit en erreur par la faute du créancier qui a manqué de l'avertir de la révocation de la procuration. Mais lorsqu'il n'y a aucune faute de la part du créancier, la seule bonne foi du débiteur, qui a eu un sujet de croire que celui à qui il payait avait pouvoir pour recevoir, quoiqu'il ne l'eût pas, ne rend pas valable le paiement d'une somme d'argent; c'est pourquoi Julien, en la loi 34, § 4, *dict. tit.*, dit: *Si nullo mandato intercedente debitor falsò existimaverit voluntate meâ pecuniam se numerare, non liberabitur.*

On pourrait peut-être encore opposer contre notre décision, que le paiement fait au fondé de procuration depuis la mort du créancier, mais avant qu'elle ait pu être connue au débiteur, est valable. La réponse est, que la loi, *æquitate et utilitate ità suadente*, proroge le pouvoir, qui finit par la mort, jusqu'au temps qu'elle ait pu être connue; c'est pourquoi on peut, en ce cas, dire en quelque façon, que la personne, à qui le paiement a été fait, avait pouvoir pour recevoir; et conséquemment le paiement est valable.

169. Ce que nous venons de décider, que le paiement de la lettre de change fait par l'accepteur, quoique de bonne foi, à une personne qui n'avait pas pouvoir de le recevoir, n'opère pas la libération du tireur ni de l'accepteur, souffre beaucoup plus de difficulté, lorsque c'est par la faute du propriétaire de la lettre de change ou du porteur de la lettre, son mandataire, que l'accepteur a été induit en erreur : comme lorsque le propriétaire de la lettre de change l'a égarée, et que l'accepteur, avant que d'avoir été averti de se faire certifier de la personne qui la lui présenterait, l'a payée à un filou à qui elle est parvenue, qui a pris le nom de celui à qui elle était payable. Il semble que, dans cette espèce, l'accepteur peut dire au propriétaire de la lettre : C'est votre faute ou celle de votre mandataire, dont vous êtes responsable, de n'avoir pas eu le soin que vous deviez avoir de conserver la lettre que vous étiez chargé de me faire présenter, et de l'avoir égarée; c'est cette faute qui a fait tomber la lettre entre les mains du filou, et qui m'a induit en erreur; je ne dois pas souffrir de votre faute, et vous payer la lettre que j'ai déjà, par votre faute, payée au filou qui me l'a présentée. Néanmoins des négocians m'ont assuré que, même en ce cas, l'accepteur ne pouvait se dispenser de payer une seconde fois la lettre au propriétaire; qu'il ne pouvait pas lui opposer qu'il avait été induit en erreur par sa faute, parce que c'était lui-même qui était en faute; la règle du commerce étant qu'un banquier ne doit pas payer une lettre de change à la personne qui la lui présente, lorsqu'il ne la connait pas, sans se faire certifier qu'elle est celle à qui la lettre est payable.

La question ne souffrirait aucune difficulté si l'accepteur avait été averti, soit par le texte de la lettre de change, soit par une lettre d'avis, de se faire certifier la personne qui présenterait la lettre.

§ II. PAR QUI LE PAIEMENT DE LA LETTRE DE CHANGE PEUT-IL ÊTRE FAIT?

170. Le paiement de la lettre peut se faire non seulement par celui sur qui elle est tirée, par les personnes indiquées dans la lettre, en cas d'absence ou de refus de celui sur qui elle est tirée, et par ceux qui ont mis leur aval au bas de l'acceptation; il peut encore être fait, mais seulement en cas de protêt, par quelque personne que ce soit, pour faire honneur au tireur ou à quelqu'un des endosseurs, et pour empêcher les poursuites qui seraient la suite du protêt.

Observez que ce n'est qu'en cas de protêt, qu'un étranger qui n'est ni indiqué par la lettre, ni intéressé à son acquittement, peut obliger le propriétaire de la lettre à en recevoir le paiement. Hors ce cas, il n'est pas reçu à lui payer la lettre, si le propriétaire ne le veut bien : cela est conforme aux principes que nous avons établis au Traité des obligations, *n*. 500.

171. Quoique, à l'égard des autres dettes, l'étranger qui n'a aucun intérêt à les acquitter ne soit pas, en les payant, subrogé aux droits du créancier, s'il n'a pour cette subrogation le consentement du créancier ou du débiteur; néanmoins à l'égard des lettres de change, l'étranger, qui en acquitte une, en cas de protêt, est subrogé, de plein droit, à tous les droits du propriétaire de la lettre, quoiqu'il n'en ait point de transport, et que la quittance, qui lui a été donnée, ne fasse mention d'aucune subrogation qui lui ait été accordée, ou ne dise point qu'il l'ait requise. C'est la disposition de l'Ordonnance de 1673, *tit*. 5, *art*. 3. Cela a été établi *jure singulari*, pour engager davantage les amis du tireur et des endosseurs à leur rendre ce service, et à conserver par ce moyen l'honneur du commerce et le crédit des négocians.

§ III. QUAND LE PAIEMENT DE LA LETTRE DE CHANGE PEUT-IL ÊTRE FAIT, ET SUR QUEL PIED?

172. La dette d'une lettre de change convient en cela avec les autres dettes, que lorsqu'il y a un terme apposé pour le paiement, le débiteur ne peut être contraint au paiement qu'après l'échéance du terme.

Elle a cela de particulier, 1° qu'outre le terme accordé par la lettre de change, le débiteur jouit encore d'un certain terme qu'on appelle *terme de grâce*, dont nous avons déjà parlé *suprà*, *n*. 139. Ce terme de dix jours, qui, suivant les termes de l'Ordonnance de 1673, *tit*. 5, *art*. 4, semblerait ne concerner que le porteur, est aussi en faveur du débiteur, si ce n'est dans les lieux où il y a un usage contraire; *déclaratione du roi, des* 28 *novembre* 1713 *et* 20 *février* 1714.

J'ai ouï dire à un ancien négociant, que quelques personnes pensaient que celui, sur qui la lettre est tirée, devait jouir de ce terme de grâce de dix jours, indistinctement, à l'égard de toutes les lettres de change, même de celles qui ne contiennent aucun terme, et qui sont payables à *vue* purement et simplement. Je ne crois pas

cette opinion véritable; car, comme l'a fort bien observé M. Jousse en son Commentaire sur l'Ordonnance de 1763, *p.* 70, l'Ordonnance qui accorde ce terme de grâce ne parle que des lettres acceptées, ou qui *échéent à jour certain*, et ne peut par conséquent être étendue à celles qui, étant payables *à vue*, n'ont aucun jour certain d'échéance; d'ailleurs il serait contre l'équité qu'une personne, qui prend une lettre de change à vue sur une ville par où elle doit passer sans y séjourner, et qui, pour continuer son voyage, a besoin de l'argent qu'on lui donne à recevoir par cette lettre, fût retenue dix jours dans cette ville, pour en attendre le paiement.

173. 2° Quoique, dans les dettes ordinaires, le terme soit présumé n'avoir été apposé qu'en faveur du débiteur, et qu'en conséquence le débiteur puisse obliger le créancier à recevoir le paiement de la dette avant l'échéance du terme, et, sur son refus, consigner; au contraire dans les lettres de change, suivant la déclaration du 28 novembre 1713, le porteur de la lettre de change ne peut être obligé à en recevoir le paiement avant l'échéance du terme. La raison est, que les marchands ayant ordinairement besoin de leur argent dans un certain lieu, à jour nommé, le terme dans les lettres de change est censé apposé aussi bien pour le créancier que pour le débiteur.

174. C'est encore une chose qui est particulière aux lettres de change, que le porteur de la lettre, quand il ne s'est pas présenté pour la recevoir au dernier jour du terme de grâce, ou, s'il n'y en a pas, au jour même de l'échéance de la lettre, et qu'il est depuis survenu une diminution sur les espèces, le porteur de la lettre est tenu d'en recevoir le paiement sur le pied que les espèces diminuées valaient alors. C'est ce qui a été ordonné par la déclaration de 1713, contre les fraudes des porteurs de lettres de change, qui, pour éviter la perte d'une diminution d'espèces dont en était menacé, ne se présentaient point pour recevoir le paiement de leurs lettres de change, quoique échues, jusqu'à ce que la diminution fût arrivée, et pour subvenir aux débiteurs, lesquels, ignorant en quelles mains se trouvait la lettre de change, étaient privés du moyen de se libérer par des offres et par la consignation.

La disposition de cette loi ne peut avoir d'application qu'aux lettres de change qui ont une échéance certaine : elle ne peut s'appliquer aux lettres à vue. Mais dans celles-ci on stipule souvent que la lettre sera payable en espèces sur le pied de la valeur pour laquelle elles avaient cours au temps de la dette de la lettre. C'est ce qu'on exprime par ces termes, *à vue, en espèces au cours de ce jour.*

ARTICLE II.

De la remise.

175. La créance de la lettre de change peut s'éteindre, de même que toutes les autres créances, par la remise qu'en fait le créancier au débiteur.

La lettre de change, dans tout ce qu'elle renferme, contenant différentes créances, quoique d'une même somme, contre le tireur, l'accepteur et les endosseurs, lorsqu'il y en a; le propriétaire de la lettre de change, à qui ces différentes créances appartiennent, peut, lorsqu'il est usant de ses droits, en faire remise à chacun de ces débiteurs.

§ I. DE LA REMISE FAITE A L'ACCEPTEUR.

176. Lorsque le propriétaire de la lettre de change a fait remise de la dette de la lettre de change à l'accepteur, soit avant, soit depuis l'échéance de la lettre, la créance de la lettre est éteinte, et ne subsiste plus.

S'il avait fait cette remise à l'accepteur par une lettre missive, en retenant la lettre de change, et que depuis, au préjudice de cette remise, il eût endossé la lettre à votre profit, et en eût reçu de vous la valeur, je ne crois pas que l'accepteur pût vous opposer utilement la remise portée par cette lettre missive, pour se défendre d'acquitter la lettre de change, lorsque vous vous présenteriez à l'échéance pour la recevoir; car, suivant les principes établis en notre Traité des obligations, *n.* 749, cette lettre missive, qui aurait pu être antidatée, ne fait pas foi de sa date contre vous qui êtes un tiers, et ne peut par conséquent établir que la lettre de change était remise et éteinte lors de l'endossement qui vous en a été passé : et cette lettre est d'autant plus suspecte, que si votre endosseur, dont on vous représente la lettre missive, eût voulu effectivement faire remise de la lettre de change à l'accepteur, la voie naturelle était de la renvoyer à l'accepteur avec l'acquit au bas. Enfin, ayant payé de bonne foi la valeur à votre endosseur, votre cause est favorable, *certas de damno vitando.* C'est pourquoi l'accepteur ne peut se dispenser de vous payer le montant de la lettre de change : mais il aura son recours, pour en être acquitté, contre celui qui vous l'a endossée au préjudice de la remise qu'il lui en avait faite; car sa lettre, qui ne fait pas foi du temps de cette remise contre vous qui êtes un tiers, en fait foi contre lui qui l'a écrite.

La remise d'une dette ne pouvant se faire, suivant les principes établis en notre Traité des obligations, *n.* 614, que par le concours des

volontés du créancier qui fait la remise, et du débiteur qui l'accepte, il s'ensuit que lorsque le propriétaire et créancier d'une lettre de change, a écrit une lettre missive à l'accepteur débiteur de la lettre, par laquelle il lui déclare qu'il lui fait remise de la lettre, et même la lui renvoie avec l'acquit au bas, le concours des volontés du créancier et du débiteur de la lettre de change ne pouvant se rencontrer et intervenir que lorsque la lettre missive sera parvenue à l'accepteur, la remise de la dette de la lettre de change ne peut recevoir sa perfection et avoir effet que lorsque la lettre sera parvenue à l'accepteur, le créancier et propriétaire de la lettre de change persévérant dans la même volonté. C'est pourquoi, s'il était mort, ou s'il était justifié qu'il eût changé de volonté avant que la lettre missive fût parvenue à l'accepteur, la remise n'aurait aucun effet.

Par la même raison, la remise n'aura aucun effet, si l'accepteur est mort avant qu'il ait reçu la lettre par laquelle le propriétaire de la lettre de change lui écrivait qu'il lui en faisait remise.

177. La remise de la lettre de change, que le propriétaire de la lettre a faite à l'accepteur avant que l'accepteur ait été, par le protêt, constitué en demeure de la payer, profite-t-elle au tireur? Il n'est pas douteux qu'elle lui profite en ce sens, que, par cette remise, il cesse d'être sujet aux actions de garantie qu'aurait pu avoir contre lui le propriétaire de la lettre; car n'y ayant que la demeure, en laquelle serait l'accepteur d'acquitter la lettre, certifiée par un protêt dûment fait, qui puisse donner lieu à ces actions; et l'accepteur ne pouvant plus, au moyen de la remise qui lui a été faite de la lettre, être mis en demeure de l'acquitter, il s'ensuit bien évidemment qu'il ne peut plus y avoir lieu à ces actions de garantie.

Il y a plus de difficulté sur la question de savoir si la remise de la lettre de change, faite à l'accepteur, doit profiter au tireur, en ce sens que l'accepteur son mandataire ne puisse, dans son compte, lui passer en mise les fonds destinés à acquitter la lettre de change qu'il n'a pas acquittée, au moyen de la remise que le propriétaire de la lettre en a faite. Cette question se décide par une distinction que nous apprenons de la loi 10, § *fin. et* § *seq.*, ff. *mand.* Si le créancier de la lettre de change en a fait remise à l'accepteur, en récompense des services qu'il lui avait rendus, l'accepteur est censé, en ce cas, avoir payé la somme portée dans la lettre de change, par la compensation qui s'en est faite avec la récompense de ses services, dont le créancier de la lettre était tenu envers lui, au moins naturellement. C'est pourquoi l'accepteur peut, en ce cas, se faire faire raison de cette somme, *actione mandati contrariâ*, par le tireur son mandant. Mais si la remise, que le créancier de la lettre de change a faite à l'accepteur, a été purement gratuite, l'accepteur ne pouvant, en ce cas, être censé avoir payé aucune chose pour l'acquittement, ne peut rien passer en mise au tireur son mandant, suivant cette règle, *Sciendum est non plus fidejussorem consequi debere mandati judicio, quàm quod solverit*; *l.* 26, § 4, ff. *mand.* Voyez notre Traité des obligations, *n.* 430.

178. Lorsque c'est depuis le protêt que le propriétaire de la lettre de change en a fait remise à l'accepteur, cette remise décharge-t-elle le tireur et les endosseurs des actions auxquelles le protêt de la lettre avait donné ouverture? il faut distinguer si cette remise est une remise réelle, si le propriétaire de la lettre de change, par la lettre qu'il a écrite à l'accepteur, a déclaré qu'il tenait la lettre de change pour acquittée; s'il en a donné quittance à l'accepteur sans en avoir reçu le montant; une telle remise ayant éteint la dette de la lettre de change, il n'est pas douteux qu'elle opère la libération de tous ceux qui en étaient tenus, du tireur et des endosseurs, aussi bien que de l'accepteur; *Traité des obligations*, *n.* 616.

Lorsque la remise, faite par le propriétaire de la lettre de change à l'accepteur, n'est qu'une décharge personnelle de son obligation; comme lorsqu'il lui a écrit qu'il le déchargeait de la lettre de change, il faut, en ce cas, sous-distinguer. Si l'accepteur avait reçu du tireur les fonds pour acquitter la lettre de change, et qu'en conséquence il fût tenu de garantir le tireur des poursuites qui seraient faites contre lui à défaut de paiement de la lettre de change; en ce cas, la remise faite à l'accepteur opérerait la libération du tireur et des endosseurs, soit pour le total, si le propriétaire de la lettre avait fait remise du total à l'accepteur, soit pour la partie dont il aurait fait remise à l'accepteur, parce qu'autrement l'accepteur ne jouirait pas de la remise qui lui a été accordée.

Mais si le tireur n'avait pas remis à l'accepteur les fonds qu'il devait lui remettre pour l'acquittement de la lettre de change; en ce cas, la remise, que le propriétaire de la lettre de change a accordée à l'accepteur depuis le protêt, n'opère pas la libération du tireur, et n'empêche pas le propriétaire de la lettre de change de former contre lui, pour le total, son action qui a été ouverte par le protêt, parce qu'en ce cas, cette action ne peut rejaillir contre l'accepteur, le tireur qui ne lui a pas fourni les fonds n'ayant pas, en ce cas, de recours contre lui.

Mais, en l'un et en l'autre cas, la remise accordée à l'accepteur opère la libération des

endosseurs, parce qu'en l'un et en l'autre cas, soit que les fonds aient été remis ou non à l'accepteur, les endosseurs doivent être acquittés par l'accepteur, n'y ayant que le tireur qui soit obligé de remettre les funds à l'accepteur. C'est pourquoi, en l'un et en l'autre cas, le propriétaire de la lettre de change ne peut intenter ces actions contre les endosseurs, parce que ces actions devant rejaillir contre l'accepteur, celui-ci ne jouirait pas de la remise qui lui a été faite.

179. Observez que le propriétaire de la lettre de change, qui a fait remise d'une partie de sa créance à l'accepteur, n'est exclu de demander cette portion au tireur ou aux endosseurs qui ont un recours de garantie contre l'accepteur, que lorsque la remise, qu'il a faite à l'accepteur, est une remise volontaire. Il en est autrement des remises forcées; *putà*, si l'accepteur ayant fait avec les trois quarts de ses créanciers un contrat d'atermoiement, portant remise d'un quart de leurs créances, l'avait fait déclarer commun avec le propriétaire de la lettre de change, ce propriétaire de la lettre de change ne serait pas pour cela exclu de demander le paiement du total de sa créance au tireur et aux endosseurs : l'accepteur ne sera pas, en ce cas, privé indirectement de la remise du quart que le propriétaire de la lettre a été obligé de lui faire par le jugement qui a déclaré commun avec lui le contrat d'atermoiement; car cet accepteur pourrait obliger le tireur ou les endosseurs à accéder pareillement au contrat d'atermoiement, et à lui faire la même remise sur la créance de garantie qu'ils ont contre lui. *Voyez* ce que nous avons dit dans une espèce approchante *en notre Traité des obligations, n.* 380.

§ II. DE LA REMISE FAITE AU TIREUR OU A UN ENDOSSEUR.

180. Lorsque le propriétaire de la lettre de change en a fait la remise pour le tout ou pour partie, au tireur qui la lui a fournie, cette remise, lorsqu'elle est volontaire, opère la libération pour le tout ou pour partie, non seulement du tireur à qui elle est faite, mais aussi de l'accepteur à qui le tireur n'avait pas encore remis les fonds pour l'acquitter; car autrement si celui, qui a fait remise de la lettre de change au tireur, pouvait encore en demander le paiement à l'accepteur, le tireur ne jouirait pas de la remise qui lui a été faite, puisque l'accepteur aurait recours contre lui afin de se faire donner les fonds pour le paiement de la lettre.

181. Doit-on décider la même chose dans le cas auquel le tireur aurait remis à l'accepteur les fonds pour l'acquittement de la lettre de change, avant la remise qui lui a été faite par le propriétaire de la lettre? Quoique la raison apportée en l'espèce précédente cesse dans cette espèce, la demande contre l'accepteur ne pouvant, en ce cas, rejaillir contre le tireur, on peut encore dire, pour la libération de l'accepteur, que l'obligation, que le tireur a contractée envers le propriétaire de la lettre à qui il l'a fournie, de lui faire compter la somme portée par la lettre au lieu où elle est payable, est l'obligation principale à laquelle a accédé celle de l'accepteur, qui, par son acceptation, s'est obligé d'acquitter l'obligation du tireur. Or, c'est un principe constant que la remise de l'obligation principale, qui en opère l'extinction, entraîne nécessairement l'extinction des obligations accessoires, qui ne peuvent subsister sans l'obligation principale; voyez *notre Traité des obligations, n.* 377. D'où il pourrait paraître qu'on dût conclure que, même en ce cas, la remise de la lettre de change, que le propriétaire a faite au tireur, doit libérer l'accepteur aussi bien que le tireur. Néanmoins, je pense que si la remise, que le propriétaire de la lettre de change en a faite au tireur, n'est pas une remise réelle, mais une simple décharge personnelle qu'il a voulu lui accorder, cette remise ne doit pas opérer la libération de l'accepteur à qui les fonds, pour l'acquittement de la lettre de change, ont été fournis par le tireur. La raison est, que l'accepteur, en accédant, par son acceptation de la lettre de change, à l'obligation contractée par le tireur envers le propriétaire de la lettre, n'y a pas accédé comme une simple caution; il s'en est rendu débiteur principal conjointement et solidairement avec le tireur : c'est pourquoi la décharge personnelle de l'obligation du tireur n'entraîne pas la décharge de la sienne, de même que la décharge personnelle d'un débiteur solidaire n'entraîne pas celle de ses codébiteurs; *Traité des obligations, n.* 617.

182. Lorsque la lettre de change n'a pas été fournie au propriétaire de la lettre par le tireur, mais par un endosseur, la décharge, que le propriétaire de la lettre a accordée au tireur, opère la libération des endosseurs; car autrement le tireur ne jouirait pas de la remise qui lui a été faite, puisque les demandes, qui seraient données contre les endosseurs, rejailliraient contre lui, qui est tenu de les acquitter.

183. Lorsque le propriétaire de la lettre de change en a fait remise à l'endosseur qui la lui a fournie, cette remise, lorsqu'elle n'est qu'une décharge personnelle, n'opère la libération ni de l'accepteur, ni des endosseurs précédens, ni du tireur : les créances qu'il a contre ces différentes personnes étant des créances différentes, quoique d'une même somme, il peut faire remise de l'une, et retenir les autres.

ARTICLE III.

Des autres manières dont s'éteignent les créances de la lettre de change.

§ I. DE LA COMPENSATION.

184. La lettre de change s'éteint par la compensation, ou pour le total, lorsque, depuis l'échéance de la lettre de change, l'accepteur se trouve créancier du propriétaire de la lettre de change, d'une somme pareille, ou plus grande que celle portée par la lettre de change, et dont le temps du paiement est pareillement échu; ou du moins pour partie, et jusqu'à due concurrence de la somme dont l'accepteur se trouve créancier du propriétaire de la lettre de change, lorsque cette somme est moindre que celle portée par la lettre.

Cette compensation a surtout lieu lorsque la dette, dont l'accepteur se trouve créancier du propriétaire de la lettre de change, est payable au même lieu que celui où la lettre est payable. Nous verrons *infrà* si elle doit avoir lieu, même dans le cas auquel les deux dettes sont payables en différens lieux.

185. Cette compensation équipolle à un paiement réel, et elle éteint les créances que renferme la lettre de change, de la même manière qu'elles l'auraient été par le paiement réel de la somme portée par la lettre de change.

De là il suit que, depuis que cette compensation s'est faite, c'est-à-dire, depuis l'échéance de la lettre, si, dès le jour de l'échéance de la lettre, l'accepteur se trouvait créancier du propriétaire de la lettre; ou du jour qu'il l'est devenu, s'il ne l'est devenu que depuis, on ne peut plus passer valablement aucun endossement au profit de personne; car il est évident qu'on ne peut pas céder par un endossement des droits qui n'existent plus, et qui ont été éteints par la compensation.

Par la même raison, si la compensation ne s'est faite que pour partie de la somme portée par la lettre de change, l'endossement, depuis que s'est faite cette compensation, ne pourra plus se faire que pour ce qui reste dû de la somme portée par la lettre.

186. Observez que cette compensation ne peut se faire que lors de l'échéance de la lettre de change, ou depuis; elle ne peut se faire auparavant. La raison est, que le propriétaire de la lettre de change ne pouvant être obligé à recevoir le paiement réel qu'on voudrait lui faire de la lettre de change, avant son échéance, il ne peut, par la même raison, en souffrir, avant cette échéance, la compensation qui équipolle au paiement réel.

C'est pourquoi, quoique l'accepteur se trouve, avant l'échéance de la lettre de change, créancier du propriétaire de la lettre, d'une somme égale ou plus grande que celle portée par la lettre, il ne se fait pas encore de compensation: elle ne se fera que lors de l'échéance de la lettre, si le propriétaire débiteur de l'accepteur s'en trouve alors être propriétaire; mais si, avant l'échéance, il a cessé de l'être, par un endossement qu'il en aurait passé à quelqu'un, il ne pourra plus y avoir lieu à la compensation.

187. Suffit-il, pour qu'il y ait lieu à la compensation, que le terme de paiement porté par la lettre de change soit écoulé et échu? Est-il nécessaire d'attendre que le terme de grâce le soit aussi? La déclaration du 28 novembre 1713, ayant décidé que le porteur de la lettre de change ne peut être obligé à en recevoir le paiement avant le dixième jour auquel expire ce terme, c'est une conséquence que la compensation ne peut s'en faire plus tôt, par la raison déjà ci-dessus dite. Qu'on n'oppose pas que nous avons établi en notre Traité des obligations, *n.* 627, que les termes de grâce n'empêchent pas la compensation; car nous n'y avons parlé que des termes de grâce qui sont purement termes de grâce, tels que ceux que donnent des lettres de répit ou d'état, qui n'ont d'autre effet que d'arrêter les poursuites du créancier; mais ce terme, qu'accorde l'Ordonnance, n'est *terme de grâce* que de nom, parce que c'est *humanitatis ratione* qu'elle l'a accordé, et pour le distinguer de celui porté par la lettre: il est réellement terme de droit, puisque c'est la loi qui le donne.

Est-il nécessaire, pour qu'il puisse y avoir lieu à la compensation, que la dette dont le propriétaire de la lettre de change se trouve au temps, ou depuis l'échéance de la lettre, débiteur envers l'accepteur, soit payable au même lieu où est payable la lettre de change? la diversité des lieux auxquels les deux dettes sont payables en empêche-t-elle la compensation? Par exemple, si j'ai une lettre de change de 1,000 livres, tirée sur un banquier de Lyon, et payable à Lyon, et que ce banquier, lors de l'échéance de la lettre, se trouve mon créancier d'une somme égale ou plus grande, payable à Orléans, lieu de mon domicile, ce banquier pourra-t-il opposer à mon correspondant porteur de la lettre, qui se présentera pour la recevoir pour moi, la compensation de la somme que je lui dois, payable à Orléans, lieu de mon domicile? Suivant les principes du droit romain, la compensation peut avoir lieu, même en ce cas, à la charge par ce banquier de me faire raison du coût de la remise. C'est ce qui résulte de la loi 15, ff. *de compens.* On pourrait douter si cette décision doit être suivie parmi nous: elle est une suite des principes du droit

remain sur l'action *de eo quod certo loco*, par laquelle un créancier pouvait exiger de son débiteur, où il le trouvait, le paiement de la somme qu'il lui devait, quoique payable dans un autre lieu, en lui tenant compte du coût de la remise du lieu où elle était payable, à celui où elle lui est demandée; mais Automne, sur le titre *de eo quod certo loco*, atteste que cette action n'est pas reçue parmi nous. Un créancier ne pouvant donc, parmi nous, exiger la somme qui lui est due qu'au lieu où elle est payable, il semble qu'on peut en conclure qu'il ne peut pareillement l'opposer en compensation d'une dette qu'il doit en un autre lieu; en conséquence il semble que, dans l'espèce proposée, si le banquier m'oppose, en compensation de la somme portée par une lettre de change qu'il doit me compter à Lyon, la somme que je lui dois, payable à Orléans, je puis lui répondre que je suis prêt à lui payer dans Orléans ce que je lui dois à Orléans; que n'étant pas obligé de lui payer à Lyon ce que je lui dois à Orléans, il ne peut m'obliger de le compenser; qu'ayant besoin de l'argent qu'il me doit à Lyon, pour faire les affaires que j'ai à Lyon, et ayant, pour cet effet, échangé avec le tireur qui m'a fourni la lettre de change, et dont il est le mandataire, de l'argent d'Orléans contre celui qu'il m'a donné à recevoir à Lyon, je ne dois pas être obligé de recevoir l'argent que je dois à ce banquier à Orléans, à la place de celui qu'il me doit à Lyon, et dont j'ai besoin à Lyon. Néanmoins, Domat, *lib.* 4, *tit.* 2, § 2, *n.* 8, pense qu'on doit admettre la compensation de dettes, quoique payables en différens lieux, en faisant raison du coût de la remise. Cela pourrait dépendre des circonstances, et de l'examen du besoin pressant que le propriétaire de la lettre aurait d'avoir son argent sur le lieu.

188. Les créances de la lettre de change peuvent aussi s'éteindre par la compensation de ce dont le propriétaire de la lettre de change se trouverait être débiteur envers le tireur qui la lui a fournie. Mais cette compensation ne peut se faire qu'après le protêt de la lettre, et la dénonciation de ce protêt faite au tireur, car ce n'est que par cette dénonciation que la créance du propriétaire de la lettre contre le tireur est ouverte et exigible; et une créance ne peut être sujette à compensation que depuis qu'elle est devenue exigible.

§ II. DE LA NOVATION.

189. La créance d'une lettre de change peut, de même que toutes les autres créances, s'éteindre par la novation; et ce que nous avons dit de la novation en notre Traité des obligations, *p.* 3, *ch.* 2, peut s'appliquer à cette espèce de créance, de même qu'à toutes les autres.

Y a-t-il novation dans l'espèce suivante? Pierre, banquier de Paris, m'a donné, le premier février de 1772, une lettre de change de 1,000 liv. sur Yves, banquier de Nantes, payable le premier mars. Le 8 dudit mois de février, je me suis présenté à Yves pour la lui faire accepter: au lieu de l'accepter, il m'a donné, à la place, une lettre de change d'autant sur David de la Rochelle, payable le 15 dudit mois de février. Je lui ai remis un exemplaire de ma lettre de change tirée sur lui par Pierre, et j'ai mis au bas: *Quittance de la lettre de change du premier février, qu'il m'a fournie sur David de la Rochelle.* J'ai envoyé, à mon correspondant de la Rochelle, ma lettre sur David, qui a fait refus à l'échéance de payer; mon correspondant me l'a envoyée avec un protêt. Ayant eu avis, par mon correspondant, dès avant l'échéance, que David pourrait bien ne pas payer, j'ai écrit à Pierre de m'envoyer un second exemplaire de sa lettre de change, en lui marquant seulement que je ne l'avais plus, sans lui marquer ce qui s'était passé. J'ai dénoncé à Yves le protêt de la lettre qu'il m'avait donnée sur David; je lui ai demandé que, faute d'en avoir pu avoir paiement, il me payât la lettre tirée sur lui par Pierre: sur son refus, j'ai fait le protêt de cette lettre, le 10 mars, jour de l'expiration du terme de grâce de cette lettre; je l'ai dénoncé à Pierre, et j'ai intenté mon action de garantie contre Pierre: je n'avais que cette ressource, Yves ayant fait banqueroute. Pour moyen, je dis que le tireur d'une lettre de change n'en peut être acquitté envers celui à qui il l'a fournie, que par le paiement de la lettre; que n'en ayant pas été payé, Pierre en demeure mon débiteur; ayant fait à temps le protêt et les diligences, mon action procède contre lui. Pierre répond que l'obligation du tireur d'une lettre de change peut s'éteindre, non seulement par le paiement réel, mais par la novation; que dans l'espèce proposée, j'ai fait novation de l'obligation renfermée dans la lettre de change de Pierre, par l'obligation qu'Yves a contractée à sa place envers moi, en me donnant une lettre de change sur David; que ma volonté de faire cette novation ne peut être équivoque, puisque j'ai donné quittance de la lettre de change de Pierre, et que c'est dans cette quittance que j'ai fourni la valeur de la lettre qu'Yves m'a donnée sur David. Par ces raisons, Scacchia, § 2, *gl.* 5, *quest.* 8, décide que, dans ce cas, je n'ai plus d'action contre Pierre. Il me paraît qu'on peut soutenir, au contraire, qu'il n'y a pas, en ce cas, de novation; car la volonté de faire novation devant être expresse et ne se présumant point, pour qu'on pût dire, dans cette espèce, que j'ai voulu faire novation de la lettre de change de Pierre, il aurait fallu que j'en

eusse donné une quittance pure et simple : mais ayant énoncé dans la quittance que c'était une lettre qu'Yves m'avait fournie sur la Rochelle, j'ai suffisamment déclaré que je n'entendais donner quittance de la lettre de change de Pierre que sous la condition et au cas que la lettre qu'il m'avait fournie sur la Rochelle serait acquittée : ne l'ayant pas été, la condition sous laquelle j'ai donné quittance de la lettre de change de Pierre, a manqué, et la quittance que j'en ai donnée sous cette condition n'est d'aucun effet. C'est l'avis de M. R...

Il y aurait encore moins de difficulté à décider qu'il ne s'est pas fait de novation, si j'avais retenu la lettre de Pierre jusqu'au paiement de l'autre.

§ III. DE LA CONFUSION.

190. La créance, que renferme la lettre de change, peut aussi s'éteindre par la confusion, lorsque le propriétaire de la lettre de change est devenu héritier pur et simple de l'accepteur qui en est débiteur; ou, *vice versâ*, lorsque l'accepteur est devenu héritier pur et simple du propriétaire de la lettre de change; ou lorsqu'un tiers est devenu héritier pur et simple de l'un et de l'autre. La raison est, que tous les droits du défunt, la qualité qu'il avait, soit de créancier, soit de débiteur de la lettre de change, passent en la personne de son héritier, qui a de son chef la qualité opposée; ces qualités se trouvant concourir dans une même personne, se détruisent mutuellement, personne ne pouvant être créancier de soi-même, ni débiteur de soi-même. D'ailleurs, la même personne, réunissant les biens du créancier et ceux du débiteur de la lettre de change, est censée avoir trouvé dans les biens du débiteur de quoi acquitter la lettre de change, laquelle, en conséquence, doit être censée acquittée : *Aditio hereditatis pro solutione cedit; l.* 95, § 2, ff. *de solut.*

191. La confusion, qui se fait lorsque le propriétaire de la lettre de change devient héritier de l'accepteur, *aut vice versâ*, on opère l'extinction, non seulement vis-à-vis de l'accepteur, mais aussi vis-à-vis du tireur et des endosseurs, tant parce qu'elle est censée acquittée par cette confusion, que parce que le tireur et les endosseurs n'étant tenus de la lettre de change, vis-à-vis le propriétaire de la lettre, que dans le cas où l'accepteur refuserait de l'acquitter, et ce refus ne pouvant plus du tout avoir lieu, au moyen de la confusion, c'est une conséquence que le tireur et les endosseurs doivent être libérés.

Le tireur est bien déchargé des obligations qu'il a contractées par le contrat de change envers le donneur de valeur à qui il l'a fournie; mais ses obligations envers l'accepteur, résultantes du contrat de mandat intervenu entre eux, subsistent, et il doit lui rembourser la somme portée par la lettre de change qu'il est censé s'être payée à lui-même.

192. L'héritier succédant au défunt dès l'instant de sa mort, quand même il n'en aurait pas la connoissance, suivant la maxime de notre droit français, *le mort saisit le vif*, la confusion se fait dès l'instant de cette mort, et opère dès cet instant l'extinction de la créance que la lettre de change renferme; d'où il suit qu'il ne se peut plus dès lors faire d'endossement valable de la lettre de change : car un droit, qui est éteint, et qui n'existe plus, ne peut se transporter. C'est pourquoi si le propriétaire de la lettre de change, depuis la mort de l'accepteur, dont il n'a pas encore la connaissance, et dans l'ignorance où il est que, par cette mort, il est devenu l'héritier de l'accepteur, a endossé la lettre de change au profit de Pierre qui lui en a donné la valeur, l'endossement est nul; Pierre a seulement en ce cas, *condictione sine causâ*, la répétition de ce qu'il a payé à son endosseur, comme l'ayant payé par erreur et sans cause pour le prix d'un endossement nul. Mais, en cas d'insolvabilité de cet endosseur, il n'a aucun recours contre le tireur et les endosseurs précédens, qui ont été pleinement libérés de la lettre de change dès l'instant de la mort de l'accepteur à qui le propriétaire de la lettre a succédé, par la confusion et extinction de la dette de la lettre de change qui s'est faite dès cet instant.

193. Il se fait aussi confusion et extinction de la créance de la lettre de change, lorsque le propriétaire devient héritier du tireur, *aut vice versâ*; et cette confusion libère aussi l'accepteur, lorsque le tireur ne lui a pas remis les fonds; car ce propriétaire ne peut être recevable à lui demander le paiement de la lettre, étant, en sa qualité d'héritier du tireur, obligé envers lui de lui remettre les fonds pour l'acquitter.

Soit que les fonds aient été remis ou non à l'accepteur, cette confusion libère les endosseurs; car le propriétaire de la lettre de change étant devenu, en sa qualité d'héritier du tireur, le garant des endosseurs, il suit encore de là qu'il ne peut plus avoir d'action contre eux.

194. Lorsque le propriétaire de la lettre de change devient l'héritier pur et simple d'un endosseur qui en a fait l'endossement à son profit, *aut vice versâ*, il ne se fait confusion que de la dette particulière que cet endosseur a contractée envers lui, et de l'action qui en résulte qu'il aurait pu avoir contre cet endosseur, en cas de refus par l'accepteur de l'acquitter; mais la créance de la lettre de change subsiste, tant

contre l'accepteur, que contre les endosseurs précédens et contre le tireur.

195. Lorsque ce n'est pas à son endosseur que le propriétaire de la lettre de change a succédé, mais à un endosseur antérieur, *aut vice versâ*, il se fait extinction, non seulement de la créance et de l'action qu'il aurait pu avoir en cas de protêt, contre cet endosseur auquel il a succédé, mais aussi de celles qu'il aurait pu avoir contre les endosseurs postérieurs; car étant devenu l'héritier d'un endosseur antérieur, il est en cette qualité obligé de les garantir. Au reste, il conserve sa créance, tant contre l'accepteur, que contre les endosseurs antérieurs à celui à qui il a succédé, et contre le tireur.

196. Il nous reste à observer que lorsque le propriétaire de la lettre de change n'est devenu héritier que pour partie, soit de l'accepteur, soit du tireur, *aut vice versâ*, il ne se fait confusion et extinction de la dette de la lettre de change que pour cette partie; et s'il n'a été héritier que sous bénéfice d'inventaire, soit pour le total, soit pour partie, il ne se fait aucune confusion, l'effet du bénéfice d'inventaire étant de l'empêcher. *Voyez* les principes que nous avons établis sur la confusion, en notre Traité des obligations, *part.* 3, *chap.* 5.

ARTICLE IV.

De la prescription des lettres de change.

197. L'Ordonnance de 1673, *tit.* 5, *art.* 21, a établi une prescription particulière à l'égard des lettres de change et billets de change. Elle porte: *Toutes lettres et billets de change seront réputés acquittés après cinq ans de cessation de demande et de poursuite, à compter du lendemain de l'échéance ou du protêt, ou de la dernière poursuite.*

Il résulte de cet article une prescription contre les demandes que formerait le propriétaire de la lettre de change, soit contre l'accepteur, soit contre le tireur ou contre les endosseurs, après les cinq ans depuis l'échéance de la lettre, si elle n'a pas été protestée; ou depuis le protêt, s'il a été fait, et qu'il n'ait pas été fait d'autres poursuites, ou depuis la dernière poursuite.

198. De quand courent les cinq ans à l'égard des lettres à vue qui n'ont pas été protestées? Je pense que la prescription doit courir dès aussitôt que la lettre a pu être présentée; car une créance est échue aussitôt qu'elle peut être exigée. Or, une lettre à vue peut être exigée aussitôt qu'elle peut être présentée; donc on doit compter le temps de son échéance du jour qu'elle a pu être présentée.

199. Cette prescription a-t-elle pareillement lieu contre l'action que l'accepteur, qui a payé la lettre sans que le tireur lui eût remis les fonds, a contre le tireur pour en être acquitté? La question me paraît souffrir difficulté. J'inclinerais à l'avis de Savary en son *Parer.* 72, qui pense qu'il n'y a pas lieu, en ce cas, à la prescription de cinq ans. Car l'article de l'Ordonnance dit seulement que les lettres de change seront réputées acquittées après cinq ans, ce qui paraît exclure seulement les actions du propriétaire et créancier de la lettre, pour en exiger le paiement. L'Ordonnance présume bien au bout de cinq ans que la lettre a été acquittée; mais elle ne dit pas qu'au bout de ce temps l'accepteur, qui l'aura acquittée, sera présumé en avoir été remboursé par le tireur. Ce sont deux choses toutes différentes; elle accorde une prescription contre les créances qui résultent de la lettre; mais ce n'est pas proprement de la lettre de change que l'accepteur, qui l'a acquittée, est créancier. La créance, qui résultait de cette lettre, a été éteinte par le paiement qu'il en a fait: il n'est créancier que de la somme qu'il a déboursée pour le tireur en acquittant la lettre.

200. L'action, qu'a le tireur qui a été obligé de payer la lettre de change retournée à protêt, contre l'accepteur qui l'a laissé protester, quoiqu'il en eût remis les fonds, est-elle sujette à la prescription de cinq ans?

Cette question souffre encore beaucoup de difficulté. On peut dire en faveur de la prescription, que c'est toujours en ce cas la lettre de change qui est due par l'accepteur, lequel, au lieu de la devoir au propriétaire de la lettre, la doit au tireur qui a payé le propriétaire de la lettre. On peut dire d'un autre côté, que la dette de la lettre ayant été acquittée par le paiement que le tireur en a fait au propriétaire, le tireur n'est pas créancier de la lettre, mais des fonds qu'il avait remis à l'accepteur pour l'acquitter.

201. L'Ordonnance dit que la prescription de cinq ans court du jour de la dernière poursuite. De là naît cette question: Le porteur a fait protester sa lettre le premier janvier 1760, et a donné, le premier juillet, une demande contre l'accepteur ou le tireur, pour être payé de sa lettre de change, qui, cinq ans après, faute de poursuite, a été déclarée périmée: pourra-t-il, le premier avril 1765, donner une nouvelle demande? Pour l'affirmative, on dira que la prescription de cinq ans ne doit courir que depuis le premier juillet 1760, jour de l'exploit de demande qu'il a donné, qui est la dernière poursuite qu'il ait faite; et qu'en conséquence la prescription n'étant point accomplie, il doit être recevable dans sa demande. La réponse, qui doit servir de raison de décider pour la négative, est que la dernière poursuite dont parle l'Ordonnance, doit s'entendre d'*une poursuite*

subsistante, et qui ne soit pas tombée en péremption. L'exploit de demande donné le premier juillet 1760, ayant été déclaré péri, doit être réputé comme non avenu, et ne peut par conséquent avoir produit aucun effet, ni avoir arrêté la prescription de cinq ans, portée par notre article. Elle doit donc courir du lendemain du protêt fait le premier janvier 1760, et par conséquent la demande donnée le premier avril 1765, n'est pas donnée à temps.

202. Si l'accepteur avait obtenu des lettres de répit, le temps de la prescription courrait-il pendant le temps accordé par lesdites lettres de répit qui auraient été signifiées au propriétaire de la lettre de change? Heineccius dit que la question est controversée. J'inclinerais à distinguer si la lettre de change a été protestée ou non, et je penserais que si elle n'avait pas été protestée, la prescription de cinq ans ne laisserait pas de courir du lendemain de l'échéance, nonobstant les lettres de répit, parce que ces lettres de répit n'empêchaient pas que le propriétaire de la lettre ne pût la protester. Mais si la lettre avait été protestée, je ne pense pas que le temps de la prescription pût courir contre le porteur de la lettre, à l'égard de l'accepteur qui lui aurait fait signifier ses lettres, parce que c'est une maxime en fait de prescription, que *adversùs non valentem agere, non currit præscriptio*, et que le répit empêchait le propriétaire de la lettre de pouvoir faire aucune poursuite contre cet accepteur.

Mais comme cela ne l'empêchait pas de pouvoir agir contre les tireurs et endosseurs, ces tireurs et endosseurs pourront lui opposer la prescription.

Si le propriétaire de la lettre avait obtenu sentence de condamnation, serait-il recevable à en poursuivre l'exécution cinq ans après? Je le pense; car la sentence est un nouveau titre que le porteur a acquis contre la partie qui y est condamnée, lequel n'est sujet qu'à la prescription ordinaire de trente ans, et non point à celle de cinq ans établie par cet article. Il est dit que les lettres de change seront réputées acquittées après cinq ans; mais il n'est rien dit de semblable des sentences de condamnation, intervenues sur lesdites lettres.

203. Cette prescription n'étant fondée que sur une présomption de paiement, il suit de là que le propriétaire de la lettre, qui forme son action après le temps de la prescription, peut déférer le serment décisoire au défendeur. C'est ce que décide l'Ordonnance en l'article cité, il est dit : *Les prétendus débiteurs seront tenus d'affirmer, s'ils en sont requis, qu'ils ne sont plus redevables* : par exemple, si c'est l'accepteur qu'il a assigné, cet accepteur doit jurer qu'il a acquitté la dette; si c'est le tireur, le tireur doit jurer qu'il a remis les fonds.

L'Ordonnance permet même de déférer ce serment aux veuves, héritiers et autres successeurs. Il est vrai que ces personnes ne sont pas tenues de jurer précisément que la lettre a été acquittée, ne pouvant pas avoir toujours connaissance d'une chose qui est du fait du défunt, et non du leur; mais elles doivent au moins jurer qu'*elles estiment de bonne foi qu'il n'est plus rien dû* ; c'est ce que porte l'Ordonnance.

204. Il nous reste à observer sur cette prescription, que le temps en est réglé autrement que par l'Ordonnance, à l'égard des lettres qui sont payables aux paiemens de Lyon; car, suivant le réglement de 1664, *art.* 10, elles sont présumées acquittées au bout d'un an depuis l'échéance, à l'égard des domiciliés porteurs de billets en la place; et au bout de trois ans, à l'égard des autres personnes, sans qu'on puisse au bout de ce temps, d'un an ou de trois ans, en demander le paiement à l'accepteur, si on ne justifie de diligences contre lui faites.

205. L'Ordonnance en l'article 20 audit titre, a établi une autre espèce de prescription en faveur de ceux qui se rendent cautions *pour l'événement des lettres de change*, soit pour le tireur, soit pour un endosseur, soit pour l'accepteur; elle veut que ces cautions soient déchargées de plein droit après trois ans, à compter du jour des dernières poursuites faites par le créancier de la lettre.

L'Ordonnance s'expliquant en général *des cautions*, elle doit s'étendre à toutes les cautions, soit qu'elles se soient obligées sur la lettre de change, soit par acte séparé.

206. Le but de ces prescriptions de cinq ans et de trois ans, étant d'empêcher toutes les vieilles recherches, elles courent contre les absens comme contre les présens, et même contre les mineurs; *Ordonnance de* 1673, *tit.* 5, *art.* 22.

Sur la question si elles excluent le créancier de la lettre de change, non seulement du droit d'action, mais même du droit d'opposer sa créance en compensation, *voyez* notre Traité des obligations, *n.* 676.

SECONDE PARTIE.

Des billets de change, billets à ordre au porteur, et autres billets de commerce.

ARTICLE PREMIER.

Des billets de change.

207. Le billet de change est celui qui est fait en exécution du contrat de change.

Il suit de cette définition, qu'aucun billet ne doit être réputé de change, si ce n'est pour lettres de change qui auront été fournies, ou qui le devront être; *Ordonnance de* 1673, *tit.* 5, *art.* 27.

§ I. DES DIFFÉRENTES ESPÈCES DE BILLETS DE CHANGE.

208. Il y a deux espèces de billets de change : la première est de ceux pour lettres de change fournies : c'est un billet par lequel quelqu'un s'oblige envers un autre à lui payer une certaine somme pour le prix des lettres de change qu'il lui a fournies.

L'Ordonnance, *art.* 28, prescrit une certaine forme à ces billets : elle veut qu'ils contiennent, 1° la déclaration des lettres de change fournies pour le prix desquelles le billet est fait; 2° qu'il soit exprimé dans les billets sur qui elles ont été tirées; 3° quel est celui qui est déclaré par ces lettres en avoir payé la valeur; 4° en quoi la valeur est déclarée par ces lettres avoir été payée, si c'est en deniers, marchandises, ou autres effets.

L'Ordonnance exige ces déclarations dans le billet de change, *à peine de nullité;* ce qui ne signifie pas que le billet, dans lequel quelqu'une de ces déclarations aura été omise, sera absolument nul, et que le débiteur, qui l'a souscrit, pourra se dispenser de le payer, ce qui serait contraire à la bonne foi : mais cela signifie seulement que le billet sera nul comme billet de change, et qu'il ne vaudra que comme un billet ordinaire.

L'Ordonnance exige ces formalités dans les billets de change, pour assurer la vérité du billet, et pour empêcher qu'on ne tire des intérêts usuraires d'un débiteur, pour simple prêt d'argent, sous le nom de droit de change, en lui faisant souscrire un billet faussement causé pour lettres de change fournies.

209. La seconde espèce de billet de change, est celle de billets pour lettres de change à fournir.

Un billet de change pour lettres de change à fournir, est celui par lequel quelqu'un s'oblige envers un autre à lui fournir des lettres de change sur tel lieu, pour la valeur qu'il lui en a fournie.

L'Ordonnance, *art.* 29, exige dans les billets de change de cette seconde espèce ces formalités : 1° qu'ils fassent mention du lieu ou doivent être tirées les lettres de change que celui, qui souscrit le billet, s'oblige de fournir; 2° qu'ils contiennent une déclaration de la valeur qu'il en a reçue; 3° qu'ils fassent mention de la personne de qui il l'a reçue.

Ces trois formalités se trouvent dans ce style dans lequel ces billets sont ordinairement conçus : *J'ai reçu d'un tel la somme de.... comptant* (ou bien) *en marchandises qu'il m'a fournies, pour laquelle somme je promets lui fournir lettre de change payable en telle ville à telle échéance.*

L'Ordonnance exige ces formalités, *à peine de nullité ;* c'est-à-dire que si quelqu'une avait été omise, le billet ne vaudrait pas comme billet de change, mais vaudrait seulement comme simple billet qui ne donnerait au créancier, à défaut par celui qui l'a souscrit de fournir les lettres, que le droit d'exiger de lui la somme et les intérêts du jour de la demande, et non pas celui de prendre à ses risques de l'argent à rechange, ni celui de la contrainte par corps.

Ces formalités sont exigées pour assurer que l'intention tant de la partie qui a souscrit le billet, que de celle au profit de laquelle il est fait, a été effectivement de faire un contrat de change, et non pas un simple prêt déguisé en contrat de change.

210. On peut imaginer une troisième espèce

de billets de change qui réunirait les deux autres espèces, et serait tout à la fois et pour lettres de change fournies, et pour lettres de change à fournir. Tel serait un billet conçu de cette manière : *Je reconnois qu'un tel m'a fourni une lettre de change de tant... sur un tel, d'un tel lieu, payable à telle échéance, en laquelle il est déclaré que j'en ai payé la valeur comptant, quoique je ne l'aie pas payée, et pour laquelle valeur je promets fournir audit tel une lettre de change d'une telle somme sur un tel, d'un tel autre lieu, payable à telle échéance.*

Pour qu'un tel billet soit valable, est-il nécessaire absolument qu'il réunisse les formalités de l'une et de l'autre espèce? Je pense qu'il doit être valable comme billet de change, pourvu qu'il contienne la forme entière de l'une des deux espèces. Car je suppose, par exemple, qu'il manque quelque chose de ce que l'article 29 demande dans les billets pour lettres de change à fournir; il s'ensuivra seulement qu'il ne pourra pas valoir comme billet pour lettres de change à fournir; mais renfermant tout ce que l'article 28 requiert dans les billets pour lettres fournies, il vaudra au moins comme billet pour lettres fournies, ce qui suffit pour qu'il vaille comme billet de change.

§ II. DE LA NÉGOCIATION DES BILLETS DE CHANGE, ET DES ACTIONS QUI RÉSULTENT DE CETTE NÉGOCIATION.

211. Les billets de change sont ordinairement faits payables à l'ordre de celui au profit duquel ils sont faits : mais ce n'est pas ce qui constitue leur essence et le caractère de billet de change; car un billet pour lettre de change fournie, ou à fournir, n'en est pas moins billet de change, quoiqu'il ne soit pas à *ordre*, et qu'il soit payable déterminément à celui au profit de qui il est souscrit; et *contrà vice versâ*, il y a des billets à ordre qui ne sont pas billets de change. La seule chose, qui constitue l'essence du billet de change, c'est qu'il ait, ou pour cause ou pour objet, une lettre de change, comme nous l'avons vu au commencement.

Lorsque ces billets de change sont payables à ordre, ils se négocient ou s'endossent de même que les lettres de change; mais s'ils ne sont pas payables à ordre ou au porteur, ils sont censés toujours appartenir au particulier nommé par le billet, au profit duquel il est fait.

212. L'endossement des billets de change qui sont à ordre, a le même effet que celui des lettres de change; il transfère, de plein droit et sans aucune signification, la propriété du billet de change à celui au profit de qui l'endossement est fait; et l'endosseur s'oblige envers lui à lui faire recevoir ce qui est porté par le billet.

De cette obligation naît une action en recours, que le propriétaire du billet de change a contre l'endosseur, en cas de refus par le débiteur du billet, de payer à l'échéance.

Le propriétaire du billet de change, de même que le propriétaire d'une lettre de change, *celeritate conjungendarum actionum*, peut exercer cette action en recours, non seulement contre le dernier endosseur du billet qui a passé l'ordre à son profit, mais solidairement contre tous les précédens.

Ces actions, qu'a le propriétaire d'un billet de change contre les endosseurs, sont semblables à celles qu'a le propriétaire d'une lettre de change contre les endosseurs et le tireur; elles ont toutes les mêmes avantages, et sont sujettes aux mêmes fins de non recevoir et prescriptions.

213. M. Jousse, en son commentaire sur l'art. 31 du tit. 5 de l'Ordonnance de 1673, observe une seule différence à l'égard de ce recours entre le billet de change et la lettre de change; savoir, qu'en cas de refus par le débiteur du billet de change de payer à l'échéance, le porteur du billet n'est pas obligé, pour pouvoir exercer son recours, de faire un acte de protêt, comme est obligé le porteur d'une lettre de change; il lui suffit de faire constater par une simple sommation faite au débiteur, son refus de payer la somme portée au billet, ou de fournir les lettres de change qu'il s'est obligé par le billet de fournir.

Cette distinction me paraît avoir son fondement dans l'Ordonnance de 1673; car l'art. 4 du tit. 5 de cette Ordonnance, qui ordonne le protêt, ne parle que des lettres de change, *les porteurs de lettres*; et dans les articles 31 et 32, où il est parlé des billets, il n'est point dit que le porteur du billet sera tenu de faire un protêt, en cas de refus de paiement; il est seulement dit que *le porteur d'un billet négocié, sera tenu de faire ses diligences.* Néanmoins j'ai ouï dire à des négocians, qu'il était d'usage de protester les billets de change, de même que les lettres de change; mais je ne crois pas qu'un porteur, qui ne se serait pas conformé à ce prétendu usage, et qui, au lieu de protêt, se serait contenté de faire une sommation au débiteur, fût pour cela déchu de son recours de garantie contre les endosseurs du billet. L'Ordonnance ne requérant que des *diligences*, sans déterminer quelle espèce de diligence, et ne requérant pas spécialement un protêt, le porteur ne peut y être assujetti; car, en fait de formalité, on ne peut être tenu qu'à ce que la loi oblige.

Le porteur du billet de change doit faire cette diligence contre le débiteur du billet dans les

dix jours à compter du lendemain de l'échéance, icelui compris, *art.* 31.

Après avoir fait ses diligences, il doit *le signifier à celui qui aura signé le billet, ou l'ordre,* c'est-à-dire, aux endosseurs et cautions, et donner contre eux l'assignation en garantie, dans les mêmes délais prescrits pour les lettres de change, dont nous avons parlé *part.* 1. *chap.* 5, *art. dern.* C'est la disposition de *l'art.* 32.

Si le billet n'avait été endossé au profit du porteur qu'après l'expiration du terme fatal de dix jours depuis l'échéance du billet, Bernier prétend qu'il n'y aurait, en ce cas, aucun temps fatal dans lequel le porteur pût être obligé de faire des diligences contre le débiteur du billet, pour avoir recours contre l'endosseur. Mais on m'a assuré que cette opinion de Bornier n'était pas suivie, et que le porteur était tenu de les faire dans un temps laissé à l'arbitrage du juge, dans lequel elles peuvent être faites. On peut tirer argument de ce qui a été dit *suprà*, *n.* 141, à l'égard des lettres de change.

§ III. DE L'ACTION CONTRE LE DÉBITEUR DU BILLET.

214. Le billet de change produit une action contre celui qui l'a subi, laquelle le soumet à la juridiction consulaire, et à la contrainte par corps; car elle naît du contrat de change.

Ces billets de change, de même que les lettres de change, sont présumés acquittés après cinq ans depuis leur échéance, s'il n'a été fait aucune poursuite; ou depuis la dernière, s'il en a été fait, *art.* 21. Après ce temps, le créancier est non recevable à en demander le paiement, tant au débiteur qu'aux endosseurs, et il ne lui reste plus que le droit de déférer le serment décisoire au débiteur, de même qu'à l'égard des lettres de change.

§ IV. DES BILLETS PAYABLES A DOMICILE.

215. Ces billets sont d'une nouvelle invention, et sont d'un grand usage aujourd'hui dans le commerce.

On peut définir le billet à domicile, un billet par lequel je m'oblige de vous payer, ou à celui qui aura ordre de vous, une certaine somme, dans un certain lieu, par le ministère de mon correspondant, à la place de celle ou de la valeur que j'ai reçue ici de vous, ou que je dois recevoir.

Il résulte de cette définition, que ce billet renferme le contrat de change, de même que la lettre de change, et qu'il est de même nature.

Il diffère, néanmoins, dans sa forme de la lettre de change: au lieu que dans la lettre de change, celui sur qui elle est tirée doit l'accepter, et en devient par son acceptation le débiteur, et celui qui l'a fournie en est seulement le garant; au contraire, lorsque j'ai donné à quelqu'un un billet payable à domicile, j'en suis le seul débiteur; mon correspondant, au domicile duquel je promets le payer, n'est qu'une personne que j'indique, par le ministère de laquelle je dois faire ce paiement; c'est pour cela que ces billets ne se font pas accepter par celui au domicile duquel ils sont payables.

Ces billets entre marchands et traitans, donnent au propriétaire du billet, lorsqu'il n'est pas acquitté, les mêmes droits contre ceux qui l'ont fourni, que donnent les lettres de change, et l'obligent aux mêmes diligences prescrites par l'art. 31 du tit. 5 de l'Ordonnance ci-dessus citée.

ARTICLE II.

De quelques autres espèces de billets.

§ I. DES BILLETS A ORDRE.

216. Les billets à ordre sont ceux par lesquels quelqu'un promet à un autre de payer quelque chose à lui OU A SON ORDRE, c'est-à-dire, à celui à qui il aura passé son ordre au dos du billet.

Ces billets ont cela de propre, qu'ils se négocient de la même manière que nous avons vu que se négocient les lettres de change et billets de change, lorsque ces lettres et billets de change sont faits à ordre; et en cela ils diffèrent des simples billets.

De là naissent les différences qui suivent entre les billets simples et les billets à ordre.

217. *Première différence.* Le droit d'un simple billet ne peut passer à un autre que par un acte de transport qui soit signifié au débiteur du billet par le cessionnaire. Jusqu'à cette signification, le cédant, nonobstant le transport, demeure toujours propriétaire du billet et de la créance qu'il renferme: cette créance peut en conséquence, nonobstant ce transport, tant qu'il n'est pas signifié, être saisie et arrêtée par ses créanciers; le paiement peut lui en être valablement fait par le débiteur.

Au contraire, lorsque le propriétaire d'un billet à ordre a passé au dos du billet son ordre au profit d'un autre, pour valeur reçue de lui comptant ou en marchandises, celui, au profit de qui l'ordre est ainsi passé, est fait propriétaire et est saisi du billet incontinent; et celui, qui lui en a passé l'ordre, en étant dessaisi, le paiement n'en peut plus être fait à celui qui a passé l'ordre, et il ne peut plus être saisi par ses créanciers.

Il faut, pour cela, que le billet exprime en quoi la valeur a été fournie, y ayant même raison de requérir cette forme dans les billets à

ordre, que dans les lettres de change et billets de change. C'est l'avis de Savary, *Par.* 57, *q.* 2.

218. *Seconde différence.* Une seconde différence entre la cession ou le transport d'un simple billet, et la cession et le transport que renferme l'endossement d'un billet à ordre, est que le transport d'un simple billet, lorsque le cédant ne s'oblige pas par une clause spéciale à le fournir et faire valoir bien payable, n'oblige le cédant à d'autre garantie, sinon que le contenu au billet lui est dû ; mais il ne l'oblige point à la garantie de la solvabilité du débiteur; *l.* 4, ff. *de hered. et act. vend.* Au contraire, le transport, que renferme l'endossement d'un billet à ordre, renferme aussi une obligation de la part de celui qui a passé son ordre, de procurer le paiement du billet à celui à qui il a passé son ordre, et qui lui a payé la valeur.

219. *Troisième différence.* Il n'y a aucun temps fatal dans lequel le cessionnaire d'un simple billet, à qui on a garanti la solvabilité du débiteur, soit obligé de faire ses diligences contre le débiteur, afin de pouvoir exercer son action de garantie : ce temps est laissé *arbitrio boni viri.*

Au contraire, il y a un temps réglé dans lequel les porteurs d'un billet à ordre doivent faire leur diligence contre le débiteur du billet, pour qu'ils puissent exercer leur recours; et ce temps est, comme pour les billets de change, de dix jours, à compter du lendemain de l'échéance, lorsque le billet est pour prêt d'argent; et de trois mois, s'il est pour marchandises ou autres effets; *Ordonnance de* 1673, *tit.* 5, *art.* 31.

Ces trois mois sont de trente jours chacun, quoique les mois aient plus ou moins de trente jours : tel est l'usage de compter les mois en matière de commerce, suivant qu'il résulte de l'*article* 5.

Lorsque le billet n'exprime pas si c'est en argent ou en marchandises que la valeur a été fournie, pour décider si les diligences faites après les dix jours, mais dans les trois mois, ont été faites à temps, les juges doivent admettre la preuve du fait, si c'est en deniers ou en marchandises que la valeur du billet a été fournie : et cette preuve peut se faire par les livres. C'est l'avis de Savary, en son *Parer.* 84.

Est-ce l'endosseur ou le porteur du billet qui doit être chargé de faire cette preuve? Je pense que c'est l'endosseur. La raison est, que c'est à la partie qui oppose une fin de non recevoir à la fonder, suivant ce principe : *Reus excipiendo fit actor.* C'est donc à l'endosseur, qui oppose contre la demande en garantie du porteur, la fin de non recevoir résultante de ce que les diligences n'ont pas été faites à temps, à justifier qu'elles n'ont pas été effectivement faites à temps, et par conséquent c'est à lui de justifier que la valeur du billet a été fournie en deniers, parce que c'est de ce fait que dépend la question si elles ont été faites à temps.

220. Le porteur du billet à ordre doit aussi dénoncer ses diligences aux endosseurs dans le délai réglé pour la lettre de change, à peine de déchéance de son action de garantie.

Le commentateur de l'Ordonnance de 1673 prétend que l'article 32 du titre 5 de cette Ordonnance, qui ordonne cette dénonciation, doit s'entendre, à cet égard, de tous les billets à ordre, quoiqu'il ne parle que de billets de change, étant relatif au précédent, qui comprend expressément tous les billets à ordre.

Au contraire, le cessionnaire par transport d'un simple billet, n'est point obligé à cette dénonciation de diligences dans le temps de l'Ordonnance.

221. Les billets à ordre, qui ne sont pas billets de change, diffèrent aussi des billets de change.

Première différence. La première et principale différence est, en ce que celui, qui a un billet de change pour lettres fournies, peut s'obliger valablement à payer pour droit de change quelque chose au-delà de la somme portée par les lettres qui lui ont été fournies, pourvu que cela n'excède pas ce que les lettres gagnent sur l'argent, dans le lieu et au temps où elles lui ont été fournies, au lieu que le débiteur d'un simple billet à ordre ne peut valablement s'obliger à payer autre chose que la somme qu'il a reçue; et les intérêts n'en sont dus que du jour de la demande qui lui en est faite en justice : toute autre chose, qu'on exigerait de lui, serait un intérêt usuraire qui devrait s'imputer sur le principal.

222. *Seconde différence.* Le paiement des simples billets à ordre ne s'exige que par les voies ordinaires, comme celui des simples billets, lorsque celui qui l'a subi n'est ni marchand, ni banquier, ni financier par état.

A l'égard des marchands et des banquiers qui sont à cet égard réputés marchands, ils sont contraignables par corps pour le paiement des billets qu'ils subissent *pour valeur reçue comptant,* ou *pour valeur en marchandise,* soit que ces billets soient à ordre, soit qu'ils ne le soient pas; *Ordonnance de* 1673, *tit.* 5, *art.* 1.

On a même jugé par arrêt de 1684, rapporté en entier par Bornier, que les billets des marchands pour *valeur reçue,* quoique le mot *comptant* n'y fût pas exprimé, étaient payables par corps; lequel arrêt fut rendu sur l'avis de plusieurs banquiers qui attestèrent à la cour que, dans l'usage du commerce, on ne faisait

pas de différence entre les billets pour *valeur reçue comptant*, et ceux pour *valeur reçue* simplement.

La raison de cette contrainte par corps est, que ces sortes de billets sont présumés faits par les marchands pour les affaires de leur commerce.

La déclaration du roi, de 1692, a étendu cette disposition de l'Ordonnance de 1673, à tous les receveurs de deniers royaux, traitans, sous-traitans et autres intéressés dans les affaires du roi, et a ordonné qu'en conséquence toutes ces personnes fussent sujettes à la contrainte par corps pour leurs billets souscrits pour valeur reçue.

Le motif de la loi est afin qu'ils puissent trouver plus facilement de l'argent pour les affaires du roi.

§ II. DES BILLETS EN BLANC, ET DES BILLETS PAYABLES AU PORTEUR.

223. Les billets en blanc étaient des billets portant promesse de payer une certaine somme à une personne dont le nom était laissé en blanc dans le billet, que le porteur du billet, lorsqu'il ne voulait pas être connu, remplissait de quel nom il voulait.

Comme on se servait de ces billets pour couvrir des usures et des fraudes, ils furent défendus par des arrêts de réglement de la cour, du 7 juin 1611 et du 26 mars 1624.

224. A ces billets ont succédé les billets payables au porteur. On appelle *billets payables au porteur*, des billets portant promesse de payer une certaine somme au porteur du billet, sans aucune désignation de la personne du créancier qui en a fourni la valeur.

Comme ces billets étaient souvent employés pour servir aux mêmes fraudes auxquelles on faisait servir auparavant les billets en blanc, et qu'ils étaient surtout employés dans les banqueroutes frauduleuses, dans lesquelles on faisait paraître des créanciers supposés qui produisaient pour titre de créance, de ces sortes de billets, l'usage en fut défendu par l'édit de mai 1716. Mais par la déclaration du roi du 21 janvier 1721, l'usage en a été rétabli, et il a été ordonné que tous les négocians, marchands, et gens chargés du recouvrement et maniement des deniers du roi, qui auront souscrit des billets payables au porteur pour valeur reçue comptant, ou en marchandises, soient contraignables par corps au paiement, et que la connaissance en appartienne aux consuls.

ARTICLE III.

Des rescriptions.

225. Une rescription est une lettre par laquelle je mande à quelqu'un de payer ou de compter pour moi à un tiers une certaine somme.

Suivant cette définition, les lettres de change sont une espèce de rescription; mais comme elles ont le nom de lettre de change qui leur est propre, on n'entend pas ordinairement, par le terme de *rescription*, les lettres de change qui se font en conséquence d'un contrat de change d'argent entre la personne qui fournit la lettre, et celle à qui elle est fournie, mais les autres espèces de rescriptions qui n'ont d'autre objet que d'acquitter une dette ou de faire un prêt d'argent, et lesquelles, quoiqu'elles aient la même figure, et qu'elles soient conçues dans les mêmes termes que la lettre de change, en sont entièrement différentes.

§ I. DES RESCRIPTIONS POUR ACQUITTER UNE DETTE.

226. La principale espèce de rescription est celle par laquelle un débiteur mande à quelqu'un de payer une certaine somme pour lui à son créancier, entre les mains duquel il remet à cet effet la rescription.

C'est ce qu'on appelle *adsignatio*. Cette espèce d'affaire se passe entre trois personnes. 1° Le débiteur, *adsignans*, qui indique à son créancier une personne de qui il recevra une certaine somme qu'il lui doit. 2° La personne qu'on indique au créancier pour recevoir d'elle la somme, *adsignatus*. 3° Le créancier à qui on fait assignation, *adsignatarius*.

La personne indiquée, *adsignatus*, est ordinairement quelqu'un des débiteurs de l'indiquant; mais ce peut être aussi quelqu'un de ses amis, qui, sans être son débiteur, veut bien avancer cette somme pour lui.

227. Cette affaire renferme deux contrats de mandat : l'un, par lequel l'indiquant mande à la personne indiquée de payer pour lui à son créancier la somme portée par la rescription; l'autre, par lequel le même indiquant mande à son créancier de recevoir de la personne indiquée la somme portée par la rescription, pour la retenir en paiement de ce qui lui est dû.

La personne indiquée contracte, consomme et exécute en même temps le premier mandat, en acquittant la rescription, et ne s'oblige à autre chose, *actione mandati directâ*, envers l'indiquant, qu'à lui remettre la rescription quittancée par son créancier, pour lui servir de quittance envers lui; et l'indiquant est de son côté obligé, *mandati actione contrariâ*, à donner à l'indiqué qui lui remet sa rescription acquittée, quittance d'autant, s'il est son débiteur; ou à lui rendre la somme, s'il ne l'était pas.

228. Par ce second mandat, qui se contracte entre l'indiquant et son créancier à qui l'indica-

tion est faite, ce créancier, qui est le mandataire, n'est obligé à autre chose, *actione mandati directâ*, qu'à recevoir le montant de la rescription, et à en donner quittance au bas à l'indiquant; et comme le mandat s'exécute sans que le mandataire fasse pour cela aucuns frais, il ne produit aucune *action contraire du mandat*.

229. Ce créancier de l'indiquant, porteur de la rescription, n'est obligé à aucunes diligences contre la personne indiquée : il ne peut même faire contre elle aucunes poursuites pour le paiement; la rescription ne lui donne pouvoir que de recevoir, et non pas d'exiger.

C'est pourquoi le créancier, en exposant que la personne indiquée a fait refus de la payer, et en offrant de remettre à son débiteur la rescription qu'il lui avait donnée, peut exiger de lui le paiement de ce qu'il lui doit, comme s'il ne lui avait point donné la rescription.

Il n'y a même aucun temps dans lequel il soit précisément tenu de se présenter à la personne indiquée, pour recevoir le montant de la rescription. Néanmoins, s'il avait laissé passer un temps considérable, lequel doit s'estimer *arbitrio judicis*, et que, pendant ce temps, la personne indiquée fût devenue insolvable, il paraît qu'il doit être tenu de cette insolvabilité; car s'étant chargé de recevoir cette somme en prenant la rescription, il est tenu des dommages et intérêts que souffre le mandant de ce qu'il n'a pas exécuté le mandat, et n'est pas allé, comme il s'en était chargé, recevoir la somme de la personne indiquée, pendant qu'elle pouvait payer.

Mais tant que la chose est entière, et que la personne indiquée est solvable, le créancier, porteur de la rescription, peut se décharger de l'obligation d'aller recevoir la rescription, en offrant de la rendre à son débiteur qui la lui a donnée : car c'est un principe en fait de mandat, que le mandataire peut se décharger de l'obligation de l'exécuter, en renonçant au mandat, lorsqu'il fait cette renonciation à temps, et que le mandant peut faire, par lui-même ou par un autre, l'affaire dont il s'était chargé : *Renuntiari (mandato) ità potest, ut integrum jus mandatori reservetur, vel per se vel per alium eamdem rem commodè explicandi; l.* 22, § 1, *ff. mand.*

230. Lorsque le débiteur indiqué souscrit la rescription, et s'engage de l'acquitter, il n'est pas pour cela libéré envers l'indiquant, ni l'indiquant libéré envers son créancier à qui il a donné sa rescription; et en cela la simple indication, *adsignatio*, diffère de la vraie délégation : car dans la délégation, lorsqu'un débiteur, *animo novandi*, a délégué à son créancier son débiteur, pour que ce débiteur le paie en sa place, et que le débiteur délégué, en conséquence de la délégation, s'est obligé envers ce créancier, lequel, *animo novandi*, l'a accepté pour son débiteur, la créance, que le déléguant avait contre son débiteur par lui délégué, est éteinte, et celle que le créancier avait contre le déléguant, l'est pareillement; et il ne reste plus que la nouvelle créance que le créancier acquiert contre le débiteur délégué qui s'est engagé de le payer.

231. Le débiteur indiqué, qui accepte la rescription, l'accepte comme débiteur de l'indiquant, et ne s'oblige de la payer au porteur de la rescription, qu'autant et de la manière qu'il pourrait y être obligé envers l'indiquant son créancier.

C'est pourquoi, si d'autres créanciers de l'indiquant arrêtaient entre les mains du débiteur indiqué ce qu'il doit à l'indiquant, le débiteur indiqué, nonobstant l'acceptation qu'il aurait faite de la rescription, ne pourrait être obligé à payer le porteur de la rescription, qu'il ne se fût fait régler avec les autres créanciers arrêtans.

Sur la contestation qu'il pourra y avoir à cet égard entre ces créanciers arrêtans, et le porteur de la rescription acceptée; si ces créanciers de l'indiquant ont un privilége sur la dette arrêtée; comme si le débiteur arrêté est débiteur pour loyers de maison, et que les arrêtans soient créanciers d'arrérages de rente foncière dont cette maison est chargée, ou pour réparations qu'ils y ont faites, ils seront préférés au porteur de la rescription dont la créance n'a point de privilége. S'ils ne sont point créanciers privilégiés ni les uns ni les autres, comme l'acceptation de la rescription équipolle à arrêt de la part du porteur de la rescription, si l'antériorité de la date de cette acceptation à celle des arrêts des autres créanciers, est constatée par le contrôle, ou par le décès du débiteur indiqué qui l'a souscrite, le porteur de la rescription sera préféré comme premier arrêtant; sinon l'acceptation n'ayant de date vis-à-vis les autres créanciers qui sont des tiers, que du jour qu'elle leur est représentée, ces autres créanciers seront préférés au porteur de la rescription. Néanmoins, en l'un et en l'autre cas, si le débiteur commun était en déconfiture, ils viendraient tous par contribution au sou la livre, après les privilégiés, s'il y en avait.

En cela, l'indication diffère de la délégation; car la créance, qu'avait le déléguant contre le débiteur qu'il a délégué à son créancier, étant éteinte par la délégation, comme nous l'avons vu, il s'ensuit qu'elle ne peut plus être arrêtée par les créanciers du déléguant sur le débiteur délégué; car ce qui n'existe plus ne peut pas être arrêté.

L'indication diffère aussi en cela du transport; car la créance transportée cessant d'appartenir au cédant par la signification ou l'acceptation du transport, elle ne peut plus dorénavant être arrêtée par ces créanciers, qui n'ont pas droit d'arrêter ce qui n'appartient plus à leur débiteur.

Elle diffère aussi en cela de la lettre de change; car après que le débiteur du tireur sur qui la lettre de change est tirée, l'a acceptée, les créanciers du tireur ne peuvent arrêter la somme que l'accepteur s'est obligé de payer pour le tireur, comme nous l'avons vu.

232. L'acceptation, que fait de la rescription le débiteur indiqué, donne bien au porteur de la rescription une action pour se faire payer de la rescription; mais elle ne l'oblige pas d'user de cette action, et de faire des poursuites contre le débiteur indiqué; car il ne s'est chargé que de recevoir, et non pas d'exiger : c'est pourquoi il peut, en rendant la rescription *tempore congruo*, se faire payer par son propre débiteur.

233. Il nous reste à observer que l'indication de payer, qui se fait par une rescription que le débiteur indiquant donne à son créancier sur la personne indiquée, ne consistant, comme nous avons vu, que dans des mandats qui par leur nature sont révocables, *re integrâ*, il suit de là que ces rescriptions peuvent être révoquées par l'indiquant, tant qu'elles n'ont point été acquittées; et qu'après cette révocation notifiée à la personne indiquée, elle ne doit pas payer au porteur de la rescription.

§ II. DES RESCRIPTIONS POUR CAUSE DE PRÊT OU DE DONATION.

234. Les rescriptions peuvent être d'usage pour les prêts et les donations. Je veux prêter à quelqu'un une somme d'argent, ou je veux la lui donner; n'ayant pas chez moi cette somme, je lui donne une rescription adressée à quelqu'un de mes débiteurs, ou à quelqu'un de mes amis, qui voudra l'avancer pour moi, par laquelle je lui marque de vouloir bien compter cette somme à la personne dénommée en la rescription.

La rescription, qui se donne à celui à qui on veut prêter une somme d'argent, contient, comme celle dont nous avons parlé au paragraphe précédent, un mandat par lequel *le rescrivant* charge celui à qui la rescription est adressée, de compter pour lui la somme à la personne dénommée en la rescription; lequel mandat se contracte lorsque la personne à qui la rescription est adressée l'acquitte, ou du moins se charge de l'acquitter.

Mais il n'y a pas ordinairement un second mandat, comme dans l'espèce du paragraphe précédent, qui intervienne entre celui à qui je donne la rescription et moi, par lequel il se charge envers moi d'aller recevoir cette somme. Dans l'espèce précédente, c'est pour me faire plaisir, et pour ne me pas faire tirer à la bourse, que mon créancier reçoit de moi une rescription de la somme que je lui dois, sur mon débiteur : on ne peut pas ne pas reconnaître en cela un mandat par lequel il se charge envers moi d'aller recevoir cette somme; mais dans cette espèce-ci, où je donne à un de mes amis, qui me prie de lui prêter une somme d'argent, une rescription pour l'aller recevoir d'un de mes débiteurs; cet ami ne se charge pas précisément de l'aller recevoir de mon débiteur. Il ne se propose de la recevoir qu'autant que le besoin qu'il a d'argent l'exigera, et non dans le cas auquel son besoin cesserait. Ce n'est point, comme dans l'espèce précédente, pour mon intérêt que je lui remets la rescription; ce n'est, au contraire, que pour le sien, pour qu'il puisse recevoir cette somme dont il a besoin. Il n'intervient donc entre nous aucun contrat de mandat; car le mandat se contracte *mandantis* : ce n'est point un mandat, *si tuâ tantum gratiâ tibi mandem*; *l.* 2, ff. *mand.*

S'il paraissait néanmoins, par les circonstances, que celui, à qui j'ai donné une rescription de la somme qu'il m'a prié de lui prêter, se fût précisément chargé de l'aller recevoir de mon débiteur, et que j'eusse eu des raisons pour l'en charger; *putà*, parce qu'on ne trouvait pas facilement des occasions de tirer de l'argent du lieu où demeure mon débiteur et où la dette est payable, il serait, en ce cas, intervenu entre nous un contrat de mandat; et celui, à qui j'ai donné la rescription, contracterait les mêmes obligations que dans l'espèce précédente.

235. A l'égard du cas auquel je donnerais à quelqu'un une rescription pour recevoir de mon débiteur, à qui elle est adressée, une somme dont je veux lui faire donation, il n'est pas douteux qu'en ce cas il n'y a qu'un seul mandat dont je charge celui à qui ma rescription est adressée, et qu'on ne peut supposer un second mandat entre celui à qui j'ai donné la rescription et moi, par lequel je le chargeais de recevoir cette somme; car dès qu'on suppose que je lui donne la rescription pour qu'il garde la somme à titre de donation, il a seul intérêt de la recevoir, je n'ai plus aucun intérêt qu'il la reçoive : or, comme nous l'avons déjà dit, il n'y a point de mandat d'une chose qui ne concernera que le seul intérêt du mandataire : *Si tuâ tantùm gratiâ tibi mandem, supervacuum est mandatum, et ob id nulla ex eo obligatio nascitur*; *l.* 2, ff. *mandat.*

Observez que la donation, que j'entends lui

faire en lui donnant cette rescription, n'est parfaite que par le paiement qui lui en est fait : jusque là je puis changer de volonté, et donner des ordres contraires à celui à qui la rescription est adressée.

§ III. DES LETTRES DE CRÉDIT.

236. Il y a une espèce de rescription qu'on appelle *lettre de crédit*, par laquelle un marchand ou banquier mande à son correspondant dans un autre lieu de compter à la personne dénommée dans la lettre, l'argent dont il témoigne avoir besoin.

On donne ces sortes de lettres de crédit à des personnes qui voyagent, pour qu'elles n'aient pas la peine de porter trop d'argent avec elles. Ces lettres sont quelquefois illimitées, quelquefois limitées à une certaine somme.

Elles ne contiennent qu'un seul mandat, par lequel celui, qui a écrit la lettre, charge celui à qui elle est adressée, de compter la somme à la personne dénommée.

Le porteur de la lettre n'est point censé se charger de recevoir : il n'use de la lettre que selon son besoin et autant que bon lui semble, et il ne contracte d'obligation, qu'en recevant l'argent qui est l'obligation du contrat de prêt, qui se fait par la numération qui lui est faite de l'argent.

FIN DU TRAITÉ DU CONTRAT DE CHANGE.

TRAITÉ

DU

CONTRAT DE LOUAGE.

Il y a deux espèces de contrats de louage : le louage des choses, et le louage des ouvrages. Nous traiterons du louage des choses dans les six premières parties de ce Traité. Nous verrons, dans la première, ce que c'est que le contrat de louage, quelle est sa nature, et quelles sont les choses qui en forment la substance. Nous traiterons, dans la seconde, des obligations du locateur ou bailleur qui naissent de ce contrat : dans la troisième, de celles du conducteur ou preneur : dans la quatrième, nous traiterons de ce qui concerne l'exécution du contrat de louage, et des droits qu'il donne, soit au locateur, soit au conducteur : dans la cinquième, nous traiterons de la résolution du contrat de louage : enfin, dans la sixième, nous traiterons des tacites reconductions, et autres espèces particulières des contrats de louage, des promesses de louer, et des arrhes. Nous traiterons, dans la septième, du louage des ouvrages.

PREMIÈRE PARTIE.

Ce que c'est que le contrat de louage; quelle est sa nature, et quelles sont les choses qui en forment la substance.

CHAPITRE PREMIER.

Ce que c'est que le contrat de louage des choses, et quelle est sa nature.

1. Le contrat de louage est celui qu'on appelle *bail à loyer :* on l'appelle aussi *bail à ferme,* lorsque ce sont des fonds de terre ou des droits qui en font l'objet.

On peut le définir, un contrat par lequel l'un des deux contractans s'oblige de faire jouir ou user l'autre d'une chose pendant le temps convenu, et moyennant un certain prix que l'autre, de son côté, s'oblige de lui payer.

Celui, qui s'oblige à faire jouir l'autre, s'appelle *locateur* ou *bailleur;* l'autre s'appelle *conducteur, preneur, locataire;* quelquefois *colon, fermier,* lorsque ce sont des héritages de campagnes qui sont loués.

2. Ce contrat convient en beaucoup de choses avec le contrat de vente.

1° Il est, comme le contrat de vente, un contrat du droit des gens; c'est-à-dire qui se gouverne par les seules règles du droit naturel, et qui n'est assujetti à aucune forme par le droit civil.

2° C'est un contrat *consensuel,* car il se forme par le seul consentement des contractans, comme le contrat de vente.

3° Il est, comme le contrat de vente, *synallagmatique;* car il contient des engagemens réciproques que chacun des contractans contracte envers l'autre : il est comme lui *commutatif,* car dans ce contrat, chacun des contractans se propose de recevoir autant qu'il donne.

4° De même que trois choses composent le contrat de vente, la chose qui est vendue, le

prix, et le consentement des contractans; de même, trois choses composent le contrat de louage, la chose qui est louée, le prix, qu'on appelle *loyer* ou *ferme*, et le consentement des contractans.

3. La différence qu'il y a entre l'un et l'autre contrat, c'est que dans le contrat de vente, le vendeur s'oblige à faire avoir la chose à l'acheteur à titre de propriétaire, et à lui transmettre tout le droit qu'il y a. Dans le contrat de louage, le locateur ne s'oblige point à faire avoir la chose au conducteur, mais seulement à l'en faire jouir, à l'en faire user.

4. Cette différence entre le contrat de louage et celui de vente est essentielle. Cependant il reste toujours un très grand rapport entre l'un et l'autre contrat; et on peut même dire que le contrat de louage s'analyse en une espèce de contrat de vente; car le contrat de louage renferme en quelque façon, non la vente de la chose même qui est louée, mais la vente de la jouissance et de l'usage de cette chose, pour le temps que doit durer le bail; et la somme convenue pour le loyer, en est le prix. Par exemple, le bail à ferme d'une terre s'analyse en une vente que le bailleur fait au fermier des fruits qui y seront à recueillir pendant le temps du bail; et la ferme de chaque année du bail, est le prix des fruits que le fermier recueillera durant ladite année.

C'est pourquoi les Romains se servaient quelquefois des termes de vente et achat pour signifier le contrat de louage; *l.* 19 et 20, ff. *de act. empt. et ibi Cujac.* Les fermiers des impôts étaient appelés *redemptores*.

Le rapport entre ces deux contrats est si grand, qu'il paraît quelquefois de l'incertitude si un contrat est contrat de vente ou contrat de louage. Par exemple, s'il était dit par un acte, que je vous ai cédé et transporté la jouissance d'un tel héritage, pour un tel temps, et pour tel prix; on demande si le contrat est un contrat de vente ou de louage. La question n'est pas une pure question de nom; car ces contrats ont des effets très différens. Dans le contrat de vente, la chose est aux risques de l'acheteur : dans celui de louage, elle demeure aux risques du locateur. Pour décider cette question, Caroccius rapporte cette règle, savoir que si la cession est faite pour le prix de plusieurs sommes d'argent uniformes et payables par chacun an, le contrat est contrat de louage; et que si elle est faite pour un prix unique, le contrat doit être réputé contrat de vente.

On doit plutôt dire que lorsque la jouissance est accordée pour un temps qui n'excède pas neuf ans, le contrat est présumé être un contrat de louage, quand même le prix pour tout le temps de la jouissance consisterait dans une somme unique, les parties pouvant, par un contrat de louage, ramasser en une seule somme et en un seul prix le prix de chacune des années du bail. Au contraire, lorsque le temps de la jouissance excède celui de neuf années, le contrat doit être présumé un contrat de vente, si le prix consiste dans une somme unique; ou un contrat de bail à rente, s'il consiste en plusieurs sommes payables par chacun an.

5. Le contrat de louage ou de bail à loyer, ou à ferme, est aussi très différent du contrat de bail à rente, qui fera la matière du Traité qui doit suivre celui-ci. Nous y ferons voir les différences de ces deux contrats : voici la principale. Dans le bail à rente, le bailleur, ainsi que le vendeur dans le contrat de vente, s'oblige envers le preneur à lui faire avoir l'héritage à titre de propriétaire; et par la tradition qu'il lui en fait en exécution du bail, il lui en transporte effectivement la propriété, lorsqu'il est lui-même propriétaire, sous la déduction néanmoins du droit de rente foncière qu'il s'y retient. Au contraire, dans les baux à loyer ou à ferme, le bailleur s'oblige seulement personnellement, envers le preneur, à lui permettre la jouissance ou l'usage de la chose, et il ne lui transporte aucun droit dans la chose par la tradition qu'il lui en fait.

CHAPITRE II.

De ce qui forme la substance du contrat de louage.

Trois choses, comme nous l'avons dit, forment la substance du contrat de louage; la chose louée, le prix convenu pour le loyer, et le consentement des contractans. Nous traiterons séparément de ces trois choses.

SECTION PREMIÈRE.

DE LA CHOSE LOUÉE.

6. On ne peut pas concevoir un contrat de louage, sans une chose dont la jouissance ou

l'usage soit accordé par le locateur au locataire pour un temps convenu entre eux. Il est donc de l'essence du contrat du louage, 1° qu'il y ait une chose; 2° qu'elle soit susceptible du contrat de louage; 3° qu'il y ait une jouissance ou un usage de cette chose qui soit l'objet et la matière du contrat; 4° qu'il y ait un temps pendant lequel doive durer cette jouissance.

ARTICLE PREMIER

Il faut qu'il y ait une chose.

7. Il suit de là que le contrat est nul, si la chose, qui faisait l'objet du contrat, n'existait plus dès le temps du contrat.

Par exemple, j'ai fait marché pour le louage d'un tel cheval déterminé que je connaissais : le loueur de chevaux s'est obligé de me fournir ce cheval aussitôt qu'il serait de retour : lors du marché, ce cheval était mort; le contrat est nul, faute d'une chose qui en eût été l'objet; et il n'en résulte aucune obligation.

Néanmoins, si le loueur de chevaux savait la mort du cheval, et qu'il ne m'en ait pas averti, il sera tenu envers moi des mes dommages et intérêts, *in id quod meâ interest non fuisse deceptum*. Son obligation, en ce cas, ne naît pas du contrat de louage, n'y en ayant point eu, mais du dol qu'il a commis envers moi, en ne m'avertissant pas, et m'empêchant ainsi de prendre d'autres mesures. Il ne sera pas reçu à m'offrir un autre cheval à la place; car je puis n'avoir pas en ce cheval, que je ne connais pas, la même confiance que j'avais dans celui que je voulais louer, dont je connaissais la bonté.

8. Il est, à la vérité, de l'essence du contrat de louage qu'il y ait une chose qui soit l'objet du contrat; mais il n'est pas nécessaire que ce soit une chose déterminée. Une chose, quoique indéterminée, en peut être l'objet.

Par exemple, je puis faire marché avec un loueur de chevaux, non seulement pour le louage d'un tel cheval, qui est une chose déterminée, mais pour le louage d'un cheval indéterminément, sans spécifier quel est celui qu'il doit fournir. Ce contrat de louage est valable; et pour remplir son obligation, il suffit qu'il me fournisse un cheval, quel qu'il soit, pourvu qu'il soit d'une bonté commune et ordinaire, et capable de me rendre le service pour lequel il m'a été loué.

ARTICLE II

Quelles choses peuvent être louées.

9. On peut louer toutes sortes de choses, des meubles aussi bien que des maisons et des fonds de terre.

On peut louer non seulement des choses corporelles; on peut aussi louer des droits incorporels, comme un droit de champart, une dîme, des rentes.

On peut aussi louer et donner à ferme des droits seigneuriaux, et ce bail à ferme comprend les arrérages de cens, les amendes et profits de fiefs et de censives qui naîtront et écherront pendant le temps du bail.

On peut pareillement affermer des droits de justice; et ce bail comprend les droits utiles, tels que les amendes et les confiscations.

On peut même affermer certains offices, savoir, les offices domaniaux, tels que sont les greffes, certains notariats et certaines sergenteries fieffées.

10. Il y a des choses qui ne sont pas susceptibles du contrat de vente, et qui le sont du contrat de louage. Par exemple, les biens qui font partie du domaine de la couronne, ne peuvent pas être vendus; mais on les peut donner à ferme. Il en est de même des biens d'église.

Un homme libre n'est pas susceptible du contrat de vente, mais il peut louer ses services.

Observez néanmoins qu'il n'y a que les services ignobles et appréciables à prix d'argent, qui soient susceptibles du contrat de louage, tels que ceux des serviteurs et servantes, des manœuvres, des artisans, etc.

Ceux, que leur excellence, ou la dignité de la personne qui les rend, empêche de pouvoir s'apprécier à prix d'argent, n'en sont pas susceptibles.

C'est pourquoi le contrat, qui intervient entre un avocat et son client, qui le charge de sa cause, n'est pas un contrat de louage, mais un contrat de mandat. La somme d'argent, que ce client donne à l'avocat, n'est pas le prix du service qu'il lui rend, qui n'est pas appréciable; ce n'est qu'une marque que ce client lui donne de sa reconnaissance, qui n'est pas incompatible avec le contrat de mandat, quoique gratuit de sa nature; *l.* 6, ff. *mand.*

11. Au contraire, il y a des choses qui, quoique susceptibles du contrat de vente, ne le sont pas du contrat de louage; telles sont toutes les choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait, comme l'argent comptant, le blé, le vin, etc. La raison en est sensible : il est de la nature du contrat de louage, comme nous l'avons vu ci-dessus, que le locateur conserve la propriété de la chose, dont il n'accorde au locataire que la jouissance et l'usage; et qu'en conséquence le locataire contracte l'obligation de la rendre après l'expiration du temps pendant lequel l'usage lui en a été accordé. Or il est évident que cela ne peut avoir lieu dans les choses qui se consomment entièrement par l'usage qu'on en fait : elles ne sont donc pas susceptibles du contrat de louage.

12. Il y a des choses qui ne peuvent ni se louer ni se vendre; telles sont les choses spirituelles, les bénéfices, les fonctions ecclésiastiques.

C'est pourquoi le contrat, par lequel un gentilhomme prend un ecclésiastique pour son chapelain, et s'engage de lui donner une certaine somme par an pour appointemens, ne doit pas passer pour un contrat de louage. Ces appointemens à la vérité sont dus, le chapelain a droit d'en demander en justice le paiement; mais cette dette ne naît pas d'un contrat de louage. Ces appointemens ne sont pas dus comme le prix de ses services, lesquels ne sont pas appréciables, et ne peuvent par conséquent être la matière d'un contrat de louage; mais ils sont dus en vertu d'une autre espèce de contrat sans nom, *facio ut des*, par lequel en conséquence de ce que l'ecclésiastique s'engage de rendre les services de chapelain, le gentilhomme s'engage de son côté de lui donner la somme convenue, quoique ce ne soit pas comme le prix desdits services.

On ne peut louer, à la vérité, le bénéfice même, mais on peut louer et donner à ferme les revenus du bénéfice; et je ne vois même rien qui empêche qu'on ne puisse faire entrer dans le bail, le casuel et les offrandes, lorsqu'on en convient expressément.

13. Le droit de patronage ou de présentation à des bénéfices ecclésiastiques, est un droit spirituel, qui par conséquent n'est susceptible en lui-même ni du contrat de vente, ni du contrat de louage; et la vente et le louage, qui seraient faits de ce droit, seraient des contrats nuls et simoniaques, qui ne pourraient produire aucune obligation entre les parties contractantes.

Quoique le droit de patronage ne puisse pas se vendre séparément de la terre à laquelle il est attaché, il est censé vendu avec la terre, comme faisant partie des dépendances de cette terre, lorsque la terre est vendue; et il passe à l'acheteur de la terre. Au contraire, dans le bail à ferme de la terre, quelque général qu'il soit, le droit de patronage n'y est pas compris, parce que les baux à ferme d'une terre ne comprennent que les droits utiles et pécuniaires, et non ceux qui sont purement honorifiques, tel qu'est le droit de patronage.

14. Les choses consacrées au culte divin, *res divini juris*, ne sont pas plus susceptibles du contrat de louage que du contrat de vente : par exemple, on ne peut pas louer une église, un cimetière, etc.

On tolère, néanmoins, le louage des bancs et des chaises dans les églises; on tolère pareillement le louage qui se fait par les marguilliers, au profit de la fabrique, de l'argenterie, des ornemens et du son des cloches pour les obsèques qui se font dans les églises.

On peut même dire que ce n'est pas proprement un contrat de louage, et que ce qu'on donne aux obsèques pour l'usage de l'argenterie et des ornemens, et pour le son des cloches, n'est pas proprement donné comme le prix de l'usage de ces choses, qui ne sont pas appréciables, mais comme une contribution aux charges de la fabrique, à laquelle on assujettit ceux qui se servent des meubles de la fabrique.

On peut louer aussi la tonte de l'herbe qui croît dans les cimetières, et l'émondage des arbres qui y sont; car ces choses deviennent profanes lorsqu'elles sont séparées du fonds.

15. Les choses qui sont *publici juris*, c'est-à-dire qui sont destinées aux usages publics, comme les places publiques, les rues, les grands chemins, ne sont pas plus susceptibles du contrat de louage que du contrat de vente.

16. Le droit de chasse est aussi un droit qui ne peut pas s'affermer : les seigneurs et possesseurs de fiefs qui ont ce droit, ne l'ont que *ad oblectamentum*, et non *ad quæstum*.

De là il suit qu'un bail à ferme, qu'un seigneur de fief aurait fait à quelqu'un de son droit de chasse dans l'étendue de son fief, est un contrat nul, qui ne doit produire aucune obligation civile, ni dans la personne du bailleur, ni dans celle du preneur.

Il n'en produit pas dans la personne du bailleur; c'est pourquoi le bailleur peut, quand bon lui semblera, sans attendre l'expiration du temps porté par le bail, signifier au preneur qu'il n'entend pas exécuter le bail qu'il lui a fait, et qu'il révoque la permission de chasser qu'il lui avait donnée; et du jour de cette signification, il peut, nonobstant le bail qu'il lui a fait, l'empêcher de chasser. Il est évident qu'il ne peut se plaindre de ce qu'il a chassé avant cette signification; car le bail, quoique nul en tant que bail à ferme, renferme une permission qui lui est donnée de chasser, laquelle dure jusqu'à ce qu'elle soit révoquée.

Ce bail ne produit pas non plus l'obligation dans la personne du preneur; c'est pourquoi le seigneur est sans action pour demander les fermes. Mais si le fermier les a bien voulu payer, il n'en a pas la répétition, *sciens indebitum solvit*. On ne peut pas même dire qu'il fait ce paiement sans cause; en le faisant, *fidem implevit*.

17. Le droit de chasse ne peut pas, à la vérité, *principaliter et per se*, faire la matière d'un contrat de louage; mais dans le bail à loyer qui serait fait d'un château, on pourrait stipuler que le locataire aurait la faculté de chasser et de faire chasser sur les domaines en dépendans, pourvu que ce locataire fût une personne de qualité à chasser, et non du nombre de celles à qui la chasse est défendue par les Ordonnances.

18. La loi 44, ff. *locat.*, dit qu'on ne peut louer les droits de servitude, *locare servitutem non potest.* C'est des droits de servitudes prédiales qu'il est parlé en cette loi. Le sens est, que le propriétaire d'un héritage, auquel est attaché un droit de servitude sur l'héritage voisin, ne peut pas donner à ferme à quelqu'un son droit de servitude séparément de son héritage. Par exemple, si l'héritage A a un droit de pâturage sur l'héritage B, le propriétaire de l'héritage A ne peut affermer séparément de sa terre ce droit de pâturage au laboureur de l'héritage C. La raison est que ce droit de pâturage ne peut s'exercer que pour l'utilité de l'héritage A, auquel il est dû; le propriétaire de l'héritage servant n'est obligé d'y souffrir que les bestiaux qui servent à l'exploitation de l'héritage auquel la servitude est due.

Mais lorsque le propriétaire de l'héritage A donne à ferme son héritage, le droit de servitude qui est dû à cet héritage, est compris dans le bail à ferme qu'il fait de l'héritage A, comme une dépendance de cet héritage; et le fermier a droit de faire paître ses troupeaux sur l'héritage servant; car il le fait pour l'utilité de l'héritage A, qu'il tient à ferme, et à qui le droit de servitude est dû.

Lorsque le propriétaire d'un héritage accorde à son voisin, pour un certain prix par chacun an, la faculté d'y faire paître ses troupeaux, ou celle d'y passer, d'y puiser de l'eau, etc.; ce contrat ne renferme pas le louage d'un droit de servitude, mais plutôt le louage de l'héritage même, pour cet usage.

19. Le droit de servitude personnelle d'usage d'un héritage n'est pas plus susceptible du contrat de louage que les droits de servitudes prédiales; car ce droit étant borné à l'usage de la personne même à qui ce droit est dû, cette personne ne peut pas accorder à un autre la faculté d'user de cet héritage; et par conséquent elle ne peut pas louer à un autre son droit.

Il en est autrement du droit d'usufruit; ce droit donnant à l'usufruitier la pleine et entière disposition de tous les fruits qui seront à percevoir dans l'héritage pendant tout le temps de la durée de ce droit, c'est une conséquence qu'il puisse le donner à ferme; et en donnant à ferme son droit d'usufruit, c'est proprement l'héritage dans lequel il a ce droit qu'il donne à ferme, plutôt que son droit d'usufruit.

20. De même qu'on peut vendre la chose d'autrui, comme nous l'avons établi dans notre Traité du contrat de vente, *n.* 7, par la loi 28, ff. *de contrah. empt.*, de même on peut louer et donner à ferme la chose d'autrui, non seulement celle dont on a le droit de jouir, mais même celle dans laquelle on n'a aucun droit; et le contrat est valable: non qu'on puisse faire passer, par ce contrat, au locataire ou fermier un droit de jouir ou d'user de la chose qu'on n'a pas soi-même, mais en ce qu'on s'oblige par le contrat à la garantie envers le locataire ou fermier, au cas qu'il soit empêché dans la jouissance de cette chose. Cela est conforme aux principes établis en notre Traité des obligations, *n.* 133 et 136.

21. De même qu'on ne peut acheter sa propre chose, *Suæ rei emptio non valet*, *l.* 26, ff. *de contrah. empt.*; Traité du contrat de vente, *n.* 8; de même on ne peut prendre à loyer ou à ferme sa propre chose, *Rei suæ conductio nulla est; l.* 15, ff. *depos.*; *l.* 20, *Cod. locat.*; ce qui doit s'entendre d'une chose dont celui, qui la prend à loyer ou à ferme, a la pleine propriété, qui renferme le droit d'en jouir: car il n'est pas douteux que le propriétaire d'une chose qui n'en a que la nue propriété, peut la prendre à loyer ou à ferme de l'usufruitier à qui le droit d'en jouir appartient.

De ce principe que *Rei suæ conductio nulla est*, il suit que si je vous ai donné à loyer ma maison pour le prix de 300 livres de loyer par an, avec renonciation au droit de la loi *Æde*, et qu'ensuite, au bout de quelque temps, il soit intervenu entre nous une convention par laquelle il est dit que vous me l'avez sous-baillée pour le prix de 350 livres par an, pour le temps qui restait à expirer du bail; cette seconde convention n'est pas un contrat de louage ou de sous-bail que vous me fassiez de ma maison, *quùm res mea à me conduci non possit;* mais c'est un contrat sans nom, par lequel, pour obtenir de vous la résolution du bail que je vous avais fait de ma maison, je m'oblige à vous payer la somme de 50 livres par chacune année du temps qui en reste à expirer; et cette créance n'est qu'une créance ordinaire, qui ne doit pas vous donner les droits des locateurs des maisons.

ARTICLE III.

De la jouissance ou de l'usage qui doit faire l'objet du contrat de louage.

22. Il est de l'essence du contrat de louage, qu'il y ait une certaine jouissance ou un certain usage d'une chose, que le locateur s'engage de faire avoir au locataire pendant le temps convenu; et c'est proprement ce qui fait l'objet et la matière du contrat de louage.

L'espèce de jouissance ou d'usage qu'on accorde par le bail, ou y est exprimée, ou elle ne l'est pas. Lorsqu'elle y est exprimée, le locataire ne peut pas se servir de la chose pour un autre usage que pour celui qui est exprimé par le bail. Par exemple, si l'on vous a loué un cheval pour faire un voyage à Lyon, il ne vous est pas permis

de le mener plus loin. Si, voulant bonifier un champ, je l'ai donné à ferme à un laboureur pour un certain nombre d'années, afin qu'il y fasse du sainfoin et de l'avoine, il ne lui est pas permis de s'en servir pour un autre usage, et d'y semer de l'orge ou d'autres grains : s'il le fait, j'aurai l'action *locati* contre lui, pour qu'il lui soit fait défense d'y semer à l'avenir de pareils grains, et pour qu'il soit condamné en mes dommages et intérêts, résultans de ce qu'il ne s'est pas conformé au bail.

23. Lorsque l'espèce de jouissance ou d'usage n'est pas exprimée par le bail, le contrat ne laisse pas d'être valable; alors l'objet et la matière du contrat est l'espèce de jouissance ou d'usage auquel la chose est de sa nature destinée, et auquel on a coutume de la faire servir; et le locateur peut empêcher le conducteur de faire servir la chose à d'autres usages, lorsqu'il a quelque intérêt de l'empêcher.

Par exemple, lorsqu'une maison est donnée à loyer, on présume que c'est pour être exploitée de la même manière qu'elle l'a été jusqu'au temps du bail : c'est pourquoi le locataire ne pourrait pas y établir une forge, s'il n'y en avait pas eu auparavant, ni en faire un cabaret. Néanmoins la profession du locataire connue au temps du bail, doit faire suivre une autre règle, et doit faire présumer que la maison lui a été louée pour la faire servir aux usages qu'exige sa profession. C'est pourquoi, si j'ai loué ma maison à un serrurier connu pour tel dans la ville, quoique ma maison n'ait toujours été occupée que comme maison bourgeoise, je suis censé la lui avoir louée pour la faire servir à tout ce qu'exige sa profession, et je ne pourrai pas l'empêcher d'y établir une forge, etc.

24. L'usage, pour lequel une chose est louée, doit être un usage honnête, et qui ne soit pas contraire aux bonnes mœurs; autrement, non seulement le contrat est nul, comme le sont tous les contrats contraires aux bonnes mœurs, mais le locateur, qui a connaissance, au temps du bail, du mauvais usage que le locataire entend faire de la chose qui lui est louée, se rend coupable et participant de tout le mal qui s'y commettra.

Par exemple, si un serrurier avait loué à un voleur des ferremens pour ouvrir les portes des maisons où il se proposait de voler, il n'est pas douteux que le serrurier serait coupable et complice des vols qu'aurait faits ce voleur à l'aide de ces instrumens, et qu'il serait obligé à la restitution des choses volées, conjointement et solidairement avec le voleur : il pourrait même être poursuivi criminellement, s'il y avait preuve du fait, et puni comme complice des vols.

C'est sur ce principe qu'il a été jugé, par arrêt du parlement de Toulouse, du 19 mai 1759, qu'un homme, qui avait loué sa maison à des vagabonds connus pour tels, pour leur servir de retraite, était responsable des désordres commis par ses locataires.

C'est aussi conformément à ce principe, que l'Ordonnance de Saint-Louis, de l'an 1254, porte la peine de la confiscation des maisons, contre les propriétaires qui les ont données à loyer pour en faire des lieux de prostitution.

25. Il n'y a que le ministère public qui puisse être reçu à prouver que le propriétaire, lorsqu'il a fait le bail, avait connaissance du mauvais usage qu'on se proposait de faire de sa maison. Le locataire, pour se défendre de payer les loyers que le propriétaire lui demande, ne serait pas reçu à offrir la preuve que la maison lui a été louée pour cet usage; qu'en conséquence le contrat est nul, et que le propriétaire est mal fondé à lui en demander les loyers.

Mais dans le for de la conscience, les loyers, que le propriétaire de la maison a reçus de ces sortes de baux, sont un gain déshonnête et illicite, qu'il doit employer en aumônes.

26. Le louage des masques et des habits de bal est un contrat valable dans le for extérieur, l'usage pour lequel ces choses sont louées n'étant pas défendu par les lois séculières. Mais la sévérité des maximes de l'Évangile ne permettant pas les bals, et autres semblables divertissemens, on ne peut pas douter que, dans le for de la conscience, le commerce, que font les marchands qui louent ces sortes de choses, ne soit un commerce déshonnête et illicite, et que le gain qu'ils y font ne soit un gain illicite, dont ils ne doivent pas profiter. On ne doit donc les absoudre, qu'en leur faisant promettre de renoncer à ce commerce, et d'employer en aumônes le gain qu'ils y ont fait.

ARTICLE IV.

Du temps du louage.

27. Les contrats de louage et de baux à loyer ou à ferme, se font pour un temps convenu entre les parties, et ils ne se font point à toujours : en cela, ils diffèrent des baux à rente, ou à longues années.

Il paraît que, chez les Romains, le temps le plus ordinaire des baux à loyer ou à ferme des héritages, était le temps d'un lustre, qui est de cinq ans, *in quinquennium*. Parmi nous, le temps de ces baux varie.

Ceux, qui sont faits pour un temps long, sont présumés baux à rente, plutôt que simples baux à loyer ou à ferme; et ils sont censés faits pour un temps long, lorsqu'ils sont faits pour dix ans ou plus; ce temps de dix ans étant appelé, en droit, *longum tempus*, comme il appert par la

prescription de dix ans, qui est appelée *præscriptio longi temporis*.

Néanmoins, si les parties avaient expressément déclaré par le bail, qu'elles n'entendaient faire qu'un simple bail à loyer ou à ferme; le bail quoique fait pour un temps plus long que celui de neuf ans, ne sera réputé qu'un simple bail à ferme ou à loyer entre les parties contractantes.

Pareillement, quoique les baux à vie soient présumés tenir plutôt de la nature des baux à rente que des simples baux à loyer ou à ferme, et renfermer une constitution d'usufruit; néanmoins on peut faire aussi de simples baux à loyer ou à ferme d'béritages pour le temps de la vie du locataire ou fermier, ou pour le temps de celle du bailleur. Les baux, que les chapitres de Sainte-Croix et de Saint-Aignan d'Orléans font à leurs chanoines, des maisons claustrales, pour le temps de leur vie canoniale, sont de simples baux à loyer.

28. Le temps, que doit durer le bail, est ordinairement exprimé par le contrat. Si on a omis de l'exprimer, le bail ne laisse pas d'être valable; et si c'est le bail d'un béritage dont les fruits se recueillent tous les ans, tel qu'est un pré, une vigne, etc.; le bail, lorsque le temps n'est pas exprimé par le contrat, est censé fait pour un an. Lorsque le bail est d'un héritage dont les fruits ne se recueillent qu'après plusieurs années, le bail est censé être fait pour tout le temps qui est nécessaire pour que le fermier en puisse percevoir les fruits. Par exemple, si, après avoir pêché mon étang, qu'on a coutume de pêcher tous les trois ans, je le donne à ferme à quelqu'un pour un certain prix, sans exprimer pour quel temps, je suis censé l'avoir donné à ferme pour le temps de trois ans.

Lorsque les terres d'une métairie sont partagées en trois soles ou saisons, comme en Beauce, où une partie s'ensemence en blé, une autre partie en avoine, et autres menus grains qui se sèment au mois de mars, et une autre se repose; si le temps, que doit durer le bail, n'est pas exprimé par le contrat, et qu'il soit dit seulement que le bail est à raison de tant par an, je pense que le bail doit être présumé fait pour le temps de trois ans.

Par la même raison, dans le Val-de-Loire, où les terres sont partagées en deux saisons, dont l'une tour à tour est ensemencée, et l'autre se repose, le temps du bail, lorsqu'il n'est pas exprimé par le contrat, doit être de deux ans.

De même, lorsque les bois taillis d'un domaine sont partagés en un certain nombre de coupes; par exemple, en douze coupes, dont il s'en fait une tous les ans; le bail, lorsque le temps n'est pas exprimé, doit être censé fait pour autant d'années qu'il y a de coupes.

29. A l'égard des baux des maisons de ville, il faut suivre l'usage des lieux.

A Paris, il y a quatre termes par chaque année, d'où les baux commencent, et auxquels ils finissent; le premier janvier, le premier avril, le premier juillet et le premier octobre. Lorsqu'il n'y a pas de bail par écrit, qui exprime le temps que le bail doit durer, il dure toujours jusqu'à l'un de ces termes, pour lequel l'une ou l'autre des parties doit donner ou prendre congé. Suivant un acte de notoriété du châtelet de Paris, du 20 mars 1713, ce congé doit être signifié dans un délai de six mois pleins avant le jour du terme, lorsque le loyer excède 1,000 livres. Denisart dit qu'il en est de même lorsque c'est le loyer d'une maison entière, ou d'une boutique ouvrant sur une rue, ou lorsque le congé est donné à un commissaire ou à un maître d'école, qui, par son état, est obligé de loger dans le quartier, quoique dans tous ces cas le loyer fût d'une somme moindre de 1,000 livres. Hors ces cas, il suffit qu'il y ait un temps de trois mois pleins jusqu'au terme; et lorsque le loyer de l'appartement est au-dessous de 300 livres, un temps de six semaines suffit.

Ce congé n'est pas nécessaire lorsqu'il y a un bail, où le temps qu'il doit durer est exprimé.

A Orléans, nous n'avons que deux termes d'où les baux des maisons commencent, et auxquels ils finissent, savoir : celui de Saint-Jean pour les maisons de la ville, et celui de la Toussaint pour la campagne. Lorsque les parties ne se sont pas expliquées sur la durée du bail, il est censé fait pour un an, à commencer du prochain terme; et si le locataire est entré en jouissance avant le terme, il est censé fait tant pour le temps qui doit courir depuis qu'il est entré en jouissance, jusqu'au terme, que pour un an depuis ledit terme : il expire de plein droit au bout de l'année, sans qu'il soit nécessaire de signifier de congé auparavant.

30. A l'égard des baux des chambres garnies ou de meubles, dans lesquels le temps du bail n'est pas exprimé, s'il est dit que c'est à raison de tant par an, le bail est censé fait pour un an; s'il est dit à raison de tant par mois, ou de tant par semaine, ou de tant par jour, le bail est censé fait seulement pour le temps d'un mois, d'une semaine, ou d'un jour : les parties ne s'obligent réciproquement l'une envers l'autre que pour ce temps; et si le locataire continue la jouissance pendant plusieurs mois ou plusieurs semaines, etc., ce sont autant de tacites reconductions qui sont censées intervenir entre les parties.

31. Néanmoins, quoiqu'on m'ait donné à loyer des chevaux et une voiture à la journée, s'il est dit par le bail que c'est pour faire un tel voyage,

le bail est censé fait pour le temps nécessaire pour faire ce voyage, et il n'est pas douteux que le locateur ne serait pas fondé à demander que je les lui rendisse avant ce temps.

Mais si mon voyage avait manqué, serais-je fondé à lui rendre les chevaux et la voiture avant la fin du temps qu'aurait dû durer le voyage pour lequel je les avais pris à loyer? Je pense que je suis tenu, en ce cas, de le dédommager de ce qu'il a pu souffrir de l'inexécution de notre marché.

SECTION II.

DU PRIX.

32. Il ne peut y avoir de contrat de louage sans un prix convenu pour la jouissance et l'usage de la chose louée, lequel prix est appelé *loyer* ou *ferme*. Si l'on accordait l'usage d'une chose, sans exiger de celui à qui on l'accorde aucun prix, ce ne serait pas un contrat de louage, mais une autre espèce de contrat, que nous appelons *prêt à usage*, et qui est appelé en droit *commodatum*.

33. Ce prix, comme dans le contrat de vente, doit être un prix sérieux qui ait été convenu, avec intention qu'il pourrait être exigé. Il n'est pas sérieux, si, par le même contrat, le locateur fait remise au conducteur du prix qui y est exprimé : ce n'est plus un contrat de louage, puisqu'il n'y a point d'obligation de la part du preneur de payer le prix; c'est, en ce cas, un contrat de *commodat*.

34. Au reste, pourvu que le conducteur ait contracté l'obligation de payer le prix, quoique par la suite, *et ex intervallo*, le locateur lui en ait fait remise, le contrat de louage ne laisse pas de subsister, de même que le contrat de vente subsiste, quoique le prix ait été, *ex intervallo*, remis à l'acheteur.

De là naît la décision de la question suivante. Un tapissier a loué des meubles à son neveu, pour le temps de six ans, à raison d'un certain prix d'argent par an : son neveu s'étant marié peu après, il lui a, pour présent de noces, fait remise des loyers pendant tout le temps que devait durer le bail. A la fin de ce temps, on demande par quelle action le tapissier peut demander la restitution des meubles, et ses dommages et intérêts pour ceux qui se trouvent gâtés; si c'est par l'action *ex conducto*, ou par l'action *ex commodato*, ce qu'il importe de savoir; car, suivant les principes établis en notre Traité des obligations, *n.* 142, dans l'action *ex commodato*, le débiteur est tenu de la faute la plus légère, au lieu que, dans l'action *ex conducto*, il n'est tenu que de la faute commune, *tenetur de levi, non de levissimâ culpâ*; *l.* 5, § 6, ff. *commod.* Il faut décider, en ce cas, qu'il y a lieu à l'action *ex conducto*, et non à l'action *ex commodato*, car le contrat de louage ayant reçu, dans l'espèce proposée, toute sa perfection par le consentement des parties, la remise du prix, qui en a été faite depuis au locataire, n'en a changé ni la nature, ni les obligations.

35. Pour que ce prix soit un vrai prix, un prix sérieux, et qui puisse former un contrat de louage, il faut aussi qu'il soit de quelque considération, eu égard à la valeur de la jouissance ou usage de la chose louée; car s'il n'était d'aucune considération, comme si une métairie était louée pour un écu, ce ne serait pas un contrat de louage, mais un contrat de prêt à usage, *commodatum*.

36. Il n'est pas pourtant nécessaire que ce prix égale la valeur de la jouissance ou usage de la chose donnée à loyer : si le prix ou loyer est au-dessus ou au-dessous, il y aura, à la vérité, iniquité dans ce prix ou loyer, qui oblige dans le for intérieur à restitution le locateur ou le conducteur; mais cette iniquité du prix n'empêche pas que le contrat ne soit valable.

Il y a même cette différence entre ce contrat et celui de vente, que celui-ci est sujet à restitution pour cause de lésion énorme, lorsqu'un héritage a été vendu pour un prix au-dessous de la moitié du juste prix, comme nous l'avons vu en notre Traité du contrat de vente, *part.* 5, *chap.* 2, *sect.* 2. Au contraire, le contrat de louage, même d'un héritage, n'est pas sujet à restitution pour la seule cause de lésion, quelque énorme qu'elle soit. La raison en est, que, dans le contrat de louage, la lésion ne peut tomber que sur les fruits de l'héritage, qui sont quelque chose de mobilier, et que, suivant les principes de notre droit français, il n'y a pas lieu à la restitution en aliénation de meubles. C'est ce qui nous est attesté par Masuer, *t.* 23, *n.* 44, où il dit, « que par coutume générale de France, « on ne donne jugement rescisoire pour fait de « meubles, encore que la lésion d'outre moitié « de juste prix fût manifeste, ni pour vente de « fruits ou louage de quelque possession. » Dumoulin, *ad Cons. Par.* § 22, *gl.* 1, *n.* 41, atteste la même chose. Notre Coutume d'Orléans, *art.* 446, en a une disposition. La Coutume de Bretagne, *art.* 29, a néanmoins suivi des principes différens; elle admet la rescision des contrats de choses mobilières, pourvu que l'objet ne soit pas au-dessous de 100 livres.

37. Le loyer doit être certain et déterminé, de même que le prix dans le contrat de vente; et ce que nous avons dit, à cet égard, au sujet du prix du contrat de vente, reçoit ici une pareille application.

Doit-on suivre, à l'égard du contrat de louage,

la décision de la loi *fin. Cod. de contr. empt.*, qui prononce la nullité d'un contrat de vente, *quasi ex defectu conditionis*, lorsque la vente ayant été faite pour le prix qui serait réglé par un tel, ce tel a refusé de faire l'estimation, ou est mort avant que de l'avoir faite? La loi paraît décider pour l'affirmative; car il y est dit à la fin, *quod etiam in hujusmodi locatione locum habere sancimus*. Néanmoins je pense qu'on ne doit pas décider la même chose indistinctement dans le contrat de louage, et que la décision de la question y doit beaucoup dépendre des circonstances. Lorsque cette clause se trouve dans un contrat de vente, ne paraissant pas que les parties aient été pressées, soit de vendre, soit d'acheter, on peut facilement présumer que leur volonté a été de faire dépendre le contrat de l'estimation que ferait la personne désignée, comme d'une condition, et qu'elles n'ont pas voulu s'en rapporter à celle qu'en pourraient faire à son défaut d'autres personnes, n'ayant eu confiance qu'en elle. Mais dans le contrat de louage, *putà*, d'une maison ou d'une métairie, le locateur, qui n'est pas à portée de l'occuper ou de l'exploiter par lui-même, étant pressé de la louer, et le conducteur, de son côté, ayant besoin de se pourvoir, on doit présumer, au contraire, que lorsque les parties s'en sont rapportées à une personne pour le prix du loyer ou de la ferme, leur intention n'a pas été que le contrat n'eût pas lieu, si elle ne faisait pas l'estimation; mais qu'elle a été, au contraire, qu'il aurait lieu pour le prix qui serait estimé par d'autres experts.

Cette décision doit surtout avoir lieu, si, lorsque la personne désignée a refusé de faire son estimation, ou est morte avant que de l'avoir faite, le conducteur était déjà entré en jouissance, ou que le terme pour y entrer fût si prochain et si imminent, que le locateur ne pût facilement trouver à la louer à d'autres, ni le conducteur trouver à se pourvoir d'une autre maison ou ferme.

Par la même raison, quoique, suivant la loi 33, § 1, *de contrah. empt.*, le contrat de vente fait *quanti velis, quanti æquum putaveris, quanti æstimaveris*, ne soit pas parfait jusqu'à ce que les parties se soient plus expliquées, n'y ayant pas encore de prix certain, et qu'il y ait même raison de le décider pour le contrat de louage; néanmoins si, avant que les parties se soient plus expliquées, le conducteur est entré en jouissance, le contrat doit être jugé parfait, et le prix laissé à l'arbitrage de la partie, *non tanquàm in merum orbitrium, sed tanquàm in arbitrium boni viri;* Caroce., p. 72 et 73.

38. Enfin, le prix du loyer doit consister en argent; autrement ce n'est pas un contrat de louage, mais une autre espèce de contrat. Par exemple, lorsqu'un pauvre laboureur, qui n'a qu'un cheval, a eu convention avec son voisin que son voisin lui donnerait l'usage de son cheval pendant un certain nombre de journées, à la charge qu'il donnerait à son voisin l'usage du sien pendant autant de journées; ce contrat n'est pas un contrat de louage, faute d'un prix qui consiste en une somme d'argent; c'est un contrat sans nom. Mais si le louage fait pour un prix qui ne consiste pas en une somme d'argent, n'est pas proprement, et selon la subtilité du droit, contrat de louage, il est contrat équipollent à louage, et il produit les mêmes obligations, de même que l'échange d'un héritage contre des meubles, est contrat équipollent à vente.

39. Le principe que, dans le contrat de louage, le prix doit consister en une somme d'argent, reçoit une exception à l'égard des baux à ferme d'héritage; car le prix ou la ferme de ces baux peut, au lieu d'une somme d'argent, consister en une certaine quantité de fruits, tels que l'héritage qui est loué les produit. Par exemple, les métairies se louent souvent pour une certaine quantité de grains par chacun an; les vignes pour une certaine quantité de vin; les terres plantées en oliviers, pour une certaine quantité d'huile; *l.* 21, *Cod. de locat.* Ces sortes de fermes s'appellent *moisons*.

Quelquefois aussi les héritages s'afferment pour une portion aliquote des fruits qui se recueilleront; par exemple, à la charge que le fermier donnera au locateur la moitié des blés qui seront recueillis par chacun an, ou le tiers, ou le quart: ces sortes de baux se nomment *des baux partiaires*.

40. Il ne peut y avoir, à la vérité, de contrat de louage sans un prix convenu entre les parties: mais il n'est pas nécessaire qu'il soit exprimé par le contrat; il suffit qu'il y en ait un tacitement convenu et sous-entendu.

Par exemple, lorsque le prix du loyer de certaines choses est réglé par l'usage du lieu; comme, à Orléans, le loyer des chevaux est de vingt-cinq sous par jour, lorsqu'on les loue pour plusieurs jours, et de trente sous lorsqu'on les loue pour un jour, il n'est pas nécessaire que, dans le contrat de louage de ces choses, les parties s'expliquent sur le prix du loyer; elles sont censées convenir du prix usité.

Dans les reconductions, le prix est censé être le même que celui de la location précédente: lorsque des ouvriers se louent à la journée, sans s'expliquer sur le prix, les parties sont censées être convenues du prix que les autres ouvriers gagneraient dans le lieu. C'est ce qui arrive au temps des vendanges. On loue quelquefois une troupe de vendangeuses sans s'expliquer sur le

prix; les parties sont censées être convenues du prix que les autres vendangeuses gagneraient; et si elles se sont louées pour des prix différens, le louage de celles qui se sont louées sans s'expliquer sur le prix, est censé fait au prix qui n'est ni le plus cher, ni le plus bas, mais le prix mitoyen. Papon, *liv.* 6, *tit.* 12, *v.* 9, décide au contraire que le louage doit être censé fait au plus bas prix; il cite, pour son sentiment, un arrêt du Parlement de Grenoble; et il se fonde sur la loi, *semper in obscuris quod minimum est sequimur.* Mais cette loi n'a pas ici d'application; car ce n'est pas une chose obscure et incertaine, que lorsque les parties sont convenues du prix que gagneraient les autres, elles ont entendu le prix mitoyen. Notre sentiment est conforme à l'usage qui se pratique constamment.

SECTION III.

DU CONSENTEMENT.

41. Il est évident que le consentement des parties contractantes est de l'essence du contrat de louage, de même que de tous les autres contrats.

De là, deux questions : 1° quelles sont les personnes entre lesquelles peut intervenir le contrat de louage; 2° sur quoi leur consentement peut intervenir.

ARTICLE PREMIER.

Quelles sont les personnes entre lesquelles peut intervenir le contrat de louage.

42. Le contrat de louage, de même que tous les autres contrats, ne peut intervenir qu'entre les personnes qui sont capables de contracter. *Voyez* à cet égard les principes que nous avons établis au long en notre *Traité des obligations, part.* 1, *chap.* 1, *sect.* 1, *art.* 4.

Mais il y a certains contrats de louage qui sont interdits à certaines personnes, quoiqu'elles soient d'ailleurs capables de contracter.

Par exemple, 1° il y a plusieurs personnes auxquelles il n'est pas permis de se rendre preneurs de baux judiciaires. *Voyez* quelles sont ces personnes, en notre *Introduction au titre des Criées de la Coutume d'Orléans, n.* 54, 55 et 56.

2° Il n'est pas permis aux juges ni aux procureurs fiscaux, d'être fermiers des amendes et autres émolumens de la justice où ils sont officiers; *arrêt de la Cour, du* 22 *juin* 1602, rapporté par Peleus, VII; *autre arrêt du* 2 *décembre* 1617, rapporté par Bouchel, IV, 9.

3° Il est défendu, par les Ordonnances, aux officiers du roi, à leurs femmes, à leurs domestiques, et aux gentilshommes de prendre à ferme les biens dépendans des bénéfices; *édit d'Amboise, de* 1572, *art.* 8; *Ordonnance de Blois, art.* 48.

4° Suivant les lois romaines, il n'était pas permis aux soldats de prendre à ferme des biens de campagne, *ne à signis avocarentur*; *l.* 31, et *l. fin. Cod. locat.*

Cela ne doit pas avoir lieu parmi nous. La sévérité de notre discipline militaire suffit pour empêcher les soldats de s'absenter de leurs corps, sans qu'il soit besoin de leur interdire de prendre à ferme des biens de campagne. S'ils en prenaient (ce qui n'arrive guère), le bail serait valable, pouvant les faire valoir par d'autres que par eux-mêmes. Il y a néanmoins un arrêt du parlement de Dijon, du 3 juillet 1563, qui a suivi à cet égard la disposition des lois romaines.

5° Suivant les lois romaines, ceux qui avaient été fermiers des impôts et revenus publics, et qui n'étaient pas quittes de leurs fermes, n'étaient pas reçus à les prendre à ferme de nouveau; *l.* 9, § 2, ff. *de public.* Pareillement tous ceux, qui étaient chargés de quelque tutelle ou autre administration, n'y étaient pas admis; *l.* 49, ff. *locat.*; *l.* 1, § 9, ff. *ad L. Corn. de fals.*; *l. un. Cod. ne tut. vel curat. vect. cond.*; ce qui n'est pas observé parmi nous : les cautions, qu'on exige de ces fermes, font cesser les raisons sur lesquelles ces dispositions étaient fondées.

Suivant Bacquet, *Traité du droit d'aubaine, part.* 2, *art.* 15, *n.* 8, les étrangers ne doivent pas être admis à prendre la ferme des revenus publics, afin qu'ils ne portent pas hors du royaume le profit qu'il y a à y faire.

43. L'usufruitier d'une chose a le droit de la louer, à l'exclusion du propriétaire qui n'en a que la nue propriété; mais il a cela de moins que celui qui a la pleine propriété de la chose, que celui-ci ayant le droit d'user et de mésuser de la chose, *jus utendi et abutendi*, il peut louer sa chose pour servir à des usages auxquels elle n'avait pas auparavant servi. Il peut louer, pour faire un cabaret, une maison qui avait toujours été auparavant occupée comme maison bourgeoise; au lieu qu'un usufruitier ne peut louer la chose que pour servir aux usages auxquels elle a coutume de servir. Si la maison, dont il a l'usufruit, est une maison bourgeoise, le propriétaire a droit de s'opposer au bail qu'il en ferait à un cabaretier pour y tenir un cabaret, ou à un maréchal pour y établir une forge; *l.* 13, § *fin.*, ff. *de usufr.*

Il en est de même d'un locataire : il a le droit de sous-bailler pour le temps de son bail, mais il ne peut sous-bailler la chose que pour servir aux usages auxquels elle est destinée, comme nous le verrons *infrà*, *chap.* 4, *sect.* 2.

44. Les tuteurs et autres administrateurs peuvent faire des baux à ferme et à loyer, des biens dont ils ont l'administration ; et ces baux sont valables, pourvu qu'ils soient faits sans fraude.

Ils ne peuvent les faire par anticipation, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent, avant l'expiration du bail, les affermer, soit au même fermier, soit à un autre, plus long-temps qu'il n'est d'usage dans la province de le faire ; ce qui doit dépendre de la nature des biens.

Ces baux faits par anticipation obligent bien le preneur à qui ils ont été faits, qui n'est pas recevable à en opposer le défaut ; mais ils n'obligent pas la personne dont celui, qui a fait le bail, administrait les biens, cet administrateur ayant en cela excédé son pouvoir ; c'est en ce sens que nous disons que ces baux ne sont pas valables.

45. Un bail fait par une personne qui n'a aucun droit, n'est pas, à la vérité, valable, en ce sens qu'il puisse donner au locataire le droit de jouir de la chose, que le locateur n'avait pas lui-même ; mais il est valable en ce qu'il oblige le locateur, qui a fait le bail comme d'une chose à lui appartenante, à remplir son obligation, sinon aux dommages et intérêts du locataire, s'il ne peut la remplir ; et qu'il oblige même le locataire au paiement des loyers, tant qu'il n'est pas empêché de jouir.

ARTICLE II.

Comment et sur quoi doit intervenir le consentement des parties contractantes.

§ I. COMMENT.

46. Dans le contrat de louage, de même que dans le contrat de vente, et dans les autres contrats qui sont du pur droit des gens, le consentement des parties contractantes peut intervenir, lorsqu'elles sont l'une et l'autre présentes, aussi bien verbalement que par écrit ; les actes qu'on en dresse, soit sous signature privée, soit pardevant notaires, ne sont point de la substance du contrat, et ne sont interposés que pour servir à la preuve du contrat, ou pour acquérir des droits d'hypothèques et d'exécution.

Si néanmoins l'intention des parties, en contractant, paraissait avoir été que le contrat ne fût conclu qu'après la perfection de l'acte pardevant notaires, qu'elles ont voulu qui fût passé, le contrat, en ce cas, ne recevrait sa perfection que par la confection de l'acte. Voyez notre *Traité des obligations, n.* 11 *et* 15.

47. Dans le contrat de louage, de même que dans celui de vente, et dans les autres contrats, le consentement des parties contractantes, lorsqu'elles ne sont pas présentes, peut intervenir *per nuntium aut per epistolam*. Ce que nous avons dit dans notre Traité du contrat de vente, *n.* 32, dans l'espèce d'une personne qui, après avoir proposé à quelqu'un un marché par une première lettre, aurait ensuite révoqué sa proposition par une deuxième, avant que la première lui fût parvenue, peut s'appliquer également à un marché de louage, comme à un marché de vente.

§ II. SUR QUOI.

48. Il faut que le consentement des contractans intervienne sur la chose qui est louée : il n'y aura donc point de contrat, si je pense vous donner à ferme une certaine métairie, et que vous pensiez que c'en est une autre.

Il faut aussi que le consentement intervienne sur les qualités substantielles de la chose. C'est pourquoi, si je vous donne à ferme une certaine pièce de terre qui était en pré, et qui a été convertie en terre labourable, et que vous la croyiez encore en pré, il n'y a pas de contrat de louage, faute de consentement sur la qualité substantielle de la chose.

Mais l'erreur sur les qualités accidentelles de la chose, n'empêche pas qu'il n'y ait un véritable contrat de louage ; comme, si je crois prendre à ferme de bonnes terres, qui soient mauvaises. L'erreur sur le nom est encore moins considérable, lorsque la chose, qui a été louée, est constante.

49. L'usage, pour lequel la chose est louée, étant de la substance du contrat de louage, comme nous l'avons vu, le consentement des parties contractantes doit aussi intervenir sur l'espèce d'usage pour lequel la chose est louée. C'est pourquoi si l'une des parties comptait donner à loyer une chose pour un certain usage, *putà*, un cheval de selle pour le monter, et l'autre partie comptait le prendre pour un autre usage, *putà*, pour le mettre à une voiture ; il n'y a pas de contrat de louage, faute de consentement sur l'usage pour lequel la chose serait louée.

50. Le consentement des parties contractantes doit aussi intervenir sur le temps que doit durer le bail ; c'est pourquoi, si je veux vous donner à loyer ma maison pour trois ans, et que vous veuliez la prendre pour neuf, le contrat est nul, faute de consentement ; mais si le locataire est entré en jouissance, il doit continuer l'année commencée, pour le prix porté par le bail.

51. Le consentement doit aussi intervenir sur le prix, sans quoi il n'y a point de contrat. Par exemple, il n'y a point de contrat si je veux vous donner à loyer une métairie pour 600 liv. de ferme, et que vous veuliez ne la prendre que pour 500 liv. Le contrat ne sera parfait que lorsque vous aurez consenti à me donner les 600 liv.,

pendant que de mon côté je persévère aussi dans la volonté de vous donner ma ferme à ce prix : jusqu'à ce concours des deux volontés, chacune des parties peut changer; car jusqu'à ce que nous soyons convenus de prix, il n'y a point de consentement, ni par conséquent de contrat.

Mais si au contraire le locateur avait entendu louer pour 500 livres, et le conducteur pour 600 livres, le contrat serait valable, et la métairie serait louée 500 livres. Les deux parties sont convenues de ce prix : le conducteur, qui en voulait donner 600 livres, voulait par conséquent, à plus forte raison, en donner les 500 livres que le locateur demandait : ces 500 livres, que le locateur demandait, sont comprises dans les 600 livres que le conducteur voulait donner, suivant la règle : *In eo quod plus sit, semper inest et minus; l.* 110, ff. *de reg. jur.*

52. Enfin le consentement doit intervenir sur le louage même : il faut que l'une et l'autre des parties aient eu intention de faire un contrat de louage; si l'une des deux croyait louer, et l'autre acheter, le contrat serait nul par défaut de consentement. Voyez *ce que nous avons dit sur le contrat de vente.*

SECONDE PARTIE.

Des engagemens du locateur.

Les engagemens, que le locateur contracte, proviennent, ou de la nature particulière du contrat de louage, ou de la bonne foi qui doit régner dans tous les contrats, ou des conventions particulières apportées au contrat.

CHAPITRE PREMIER.

Des engagemens que le locateur contracte par la nature même du contrat.

53. Il résulte de la définition que nous avons donnée du contrat de louage, que l'engagement, que le locateur contracte envers le conducteur par la nature même du contrat, est de le faire jouir ou user de la chose qu'il lui a louée, *præstare frui licere, uti licere.* Cet engagement renferme, 1° l'obligation de délivrer au conducteur la chose qui lui est louée, pour qu'il puisse en jouir et s'en servir; 2° de n'apporter aucun trouble à la jouissance, et de le garantir de ceux qui pourraient y être apportés par d'autres; 3° d'entretenir la chose de telle manière que le conducteur en puisse jouir; 4° de garantir le conducteur que la chose qu'il lui a louée n'a point certains défauts qui empêcheraient d'en user. Ce sera la matière de quatre sections.

SECTION PREMIÈRE.

DES OBLIGATIONS DE DÉLIVRER LA CHOSE AU LOCATAIRE.

ARTICLE PREMIER.

A quoi s'étend cette obligation; aux frais de qui, où et quand la chose doit-elle être délivrée?

§ I. A QUOI S'ÉTEND CETTE OBLIGATION.

54. De même que, dans le contrat de vente, le vendeur contracte envers l'acheteur l'obligation de lui délivrer la chose vendue, pour la lui faire avoir à titre de propriétaire, cette obligation étant renfermée dans celle *præstandi emptori*

rem habere licere; de même dans le contrat de louage, le locateur contracte envers le locataire l'obligation de lui délivrer la chose qu'il lui a louée, pour que le locataire puisse en jouir et s'en servir, cette obligation étant renfermée dans celle *præstandi conductori frui vel uti licere.*

Cette obligation s'étend aux choses qui sont accessoires de celle qui est louée. Par exemple, si c'est une maison qui a été baillée à loyer, le bailleur doit délivrer au locataire les clefs de la maison avec la maison : si c'est une métairie, il doit la délivrer avec tous les fumiers, pailles et fourrages, et autres choses qu'il est d'usage dans la province de laisser au fermier pour l'exploitation.

Si c'est un cheval qu'on loue pour le monter, le locateur doit délivrer le cheval avec son équipage, c'est-à-dire, avec sa selle, sa bride, sa longe : il doit aussi le remettre bien ferré.

§ II. Aux frais de qui la tradition doit-elle se faire?

55. De même que, dans le contrat de vente, c'est aux frais du vendeur que la délivrance de la chose doit se faire, *Traité du contrat de vente, n.* 42 ; elle doit pareillement, dans ce contrat, se faire aux frais du locateur.

C'est pourquoi si la chose, qu'on m'a louée, se trouve engagée et donnée à quelqu'un en nantissement, et qu'elle ne puisse m'être délivrée sans être dégagée, il n'est pas douteux que c'est aux frais du locateur qu'elle doit être dégagée ; de même que dans le contrat de vente, en pareil cas, c'est aux frais du vendeur qu'elle doit l'être; *l.* 5, *Cod. de evict.*

Pareillement, si on m'a donné à loyer une certaine quantité de terre pour faire un chantier, à prendre dans une grande pièce de terre, l'arpentage, qu'il est nécessaire de faire pour me délivrer cette quantité de terre qui m'a été louée, doit se faire aux frais du locateur.

Par la même raison, n'étant pas permis aux loueurs de chaises de louer des chaises pour faire le voyage de Paris, sans en obtenir la permission du directeur des carrosses, le loueur de chaises qui m'en a loué une pour faire le voyage de Paris, doit en obtenir à ses frais la permission, lorsque nous ne nous en sommes pas expliqués.

§ III. Où la tradition doit-elle se faire?

56. De même que, dans le contrat de vente, la délivrance ou tradition des choses mobilières vendues, doit se faire au lieu où elles se trouvent (*Traité du contrat de vente, n.* 52), s'il n'y a convention contraire, d'où elles doivent être enlevées aux frais de l'acheteur, *ibidem, n.* 46 ; de même dans le contrat de louage des choses mobilières, la délivrance doit s'en faire au lieu où elles se trouvent, d'où elles doivent être enlevées aux frais du locataire, s'il n'y a convention ou usage contraire.

Suivant ce principe, si j'ai loué d'un marchand de bois des pièces de bois pour étayer ma maison, le marchand, qui me les a louées, doit m'en faire la délivrance dans sa cour où elles sont; et c'est à mes frais que je dois les enlever.

C'est pourquoi on ne doit pas confondre la délivrance que le locateur est tenu de faire de la chose, avec l'enlèvement qu'en fait le locataire. La délivrance se fait aux frais du locateur : comme elle consiste à donner au locataire la faculté d'enlever la chose, *debet ei præstare copiam rei tollendæ*; s'il y avait quelques obstacles à l'enlèvement de la chose, le locateur serait obligé de lever à ses frais ces obstacles; mais le locateur ayant donné au locataire une entière liberté d'enlever la chose, c'est à ses propres frais que le locataire doit l'enlever.

Si, depuis le contrat, le locateur avait transféré la chose dans un autre lieu d'où l'enlèvement coûtât plus qu'il n'aurait coûté si la chose fût restée au lieu où elle était lors du contrat, le locateur doit faire raison au locataire de ce qu'il lui en a coûté de plus.

57. Quoique régulièrement la délivrance des choses louées doive se faire au lieu où elles sont, lorsque les parties contractantes ne se sont pas expliquées, lors du contrat, sur le lieu où elle se ferait; néanmoins s'il y a un usage contraire à l'égard de certaines choses, on doit le suivre; car les parties sont censées en être tacitement convenues, suivant cette règle: *In contractibus tacitè veniunt ea quæ sunt moris et consuetudinis.*

Suivant cette règle, comme il est d'usage que les loueurs de chevaux et de chaises mènent leurs chevaux et leurs chaises au logis des personnes auxquelles ils les ont louées, lorsqu'elles logent sur le lieu; si j'ai loué une chaise, le loueur de chaise doit me l'amener le jour de mon départ à la porte de ma maison, quoique nous ne nous en soyons pas expliqués lors du marché que nous avons fait.

Par la même raison, l'usage étant que les tapissiers, qui louent des meubles aux personnes du lieu, les fassent mener à leurs frais dans la maison de la personne à qui ils les louent, et qu'ils les y arrangent; un tapissier, qui m'a loué des meubles, doit se conformer à cet usage, quoique nous ne nous en soyons pas expliqués.

§ IV. Quand la tradition doit-elle se faire?

58. A l'égard du temps auquel le locateur doit délivrer au locataire la chose qu'il lui a louée, s'il y a un jour convenu par le marché, il doit le faire au jour convenu.

Dans les baux à loyer des maisons, et dans les baux à ferme des biens de campagne, il y a un temps réglé par l'usage, auquel le locataire doit être mis en possession, quoique les parties contractantes ne s'en soient pas expliquées. Par exemple, si je vous ai donné à loyer une maison à Orléans, quoique nous ne nous soyons pas expliqués sur le temps auquel je vous en mettrais en jouissance, je dois, suivant l'usage, dès le lendemain de la Saint-Jean-Baptiste, vous donner la faculté d'y faire mener et d'y placer vos meubles dans quelque chambre; et je dois, le jour de Saint-Pierre suivant, vous remettre les clefs de la maison, et vous la laisser entièrement libre.

A l'égard des autres choses, lorsque, par le contrat de louage, les parties ne se sont pas expliquées sur le jour auquel le locateur délivrerait au locataire la chose qu'il lui a louée; il doit lui faire cette délivrance lorsqu'il en est requis; et si le locataire tarde à l'en requérir, il peut, s'il veut s'acquitter de son obligation, faire sommation au locataire de venir quérir la chose au lieu où elle doit lui être délivrée, et l'assigner pour faire ordonner qu'à faute de ce, le loyer en courra du jour de la sommation.

ARTICLE II.

De l'action qu'a le conducteur, et qui naît de cette obligation.

Nous verrons sur cette action, 1° ce que c'est, et quelle est sa nature; 2° contre qui elle a lieu; 3° en quels cas; 4° à quoi elle se termine, en cas d'inexécution de l'obligation du locateur; 5° à quoi elle se termine en cas de retard apporté à l'exécution; 6° à quoi elle se termine, lorsque la chose louée, que le locateur offre de délivrer, ou ne se trouve pas aussi entière, ou ne se trouve pas au même état qu'elle était lors du contrat.

§ I. CE QUE C'EST QUE L'ACTION EX CONDUCTO, QU'A LE CONDUCTEUR POUR SE FAIRE DÉLIVRER LA CHOSE DONT ON LUI A FAIT BAIL; ET QUELLE EST LA NATURE DE CETTE ACTION.

59. L'action, qui naît de l'obligation que le locateur a contractée envers le conducteur ou locataire, de lui délivrer la chose qu'il lui a louée, pour qu'il puisse en jouir et s'en servir, est celle qu'on nomme en droit *actio conducti*, ou *actio ex conducto*. Cette action est une action personnelle qu'a le conducteur contre le locateur ou ses héritiers, tendante à ce que le locateur ou ses héritiers soient tenus de lui délivrer la chose, suivant que le locateur s'y est obligé; sinon, faute de ce, à ce que le locateur ou ses héritiers soient condamnés en ses dommages et intérêts.

60. Cette action est une action mobilière, quand même le bail d'où elle naît serait le bail d'un héritage, car l'action du conducteur, qui naît de ce bail, ne tend pas à avoir l'héritage, mais à en percevoir les fruits, lesquels deviennent quelque chose de mobilier par la perception qui s'en fait.

61. Cette action est divisible ou indivisible, suivant que la chose, qui fait l'objet du contrat, est divisible ou indivisible.

Par exemple, si plusieurs ont loué à quelqu'un la faculté de passer par un certain héritage, cette faculté étant quelque chose d'indivisible, l'action, qu'a le conducteur pour jouir de cette faculté, est une action indivisible, et il peut conclure contre chacun d'eux pour le total à ce qu'ils le fassent jouir de ce passage. Mais faute par eux de pouvoir remplir leur obligation, l'action se convertit en une action de dommages et intérêts, laquelle est divisible : conséquemment le conducteur ne pourra conclure aux dommages et intérêts contre chacun d'eux, que pour chacun leur part, à moins qu'il n'y ait par le bail une clause de solidité exprimée. Voyez *notre Traité des obligations, part.* 2, *chap.* 4, *sect.* 2, *art.* 3.

Au contraire, si plusieurs ont loué à quelqu'un une maison ou une métairie, la jouissance d'une maison ou d'une métairie étant quelque chose de divisible, l'obligation des locateurs est une obligation divisible, et l'action qui en résulte est une action divisible, que le conducteur ne peut intenter contre chacun des locateurs que pour la part dont il en est tenu. Mais comme le conducteur n'a entendu prendre à ferme la métairie que pour jouir du total, et qu'il n'eût pas voulu la prendre pour partie, l'obligation des locateurs, quoique divisible *obligatione*, est indivisible *solutione*, et chacun d'eux ne peut s'acquitter de son obligation en offrant la jouissance de sa part, si tous les autres n'offrent pas pareillement la jouissance de la leur. C'est pourquoi, si un seul d'entre eux est en demeure pour sa part, ils sont tous tenus des dommages et intérêts, chacun pour leur part, envers le conducteur. Voyez *le Traité des obligations*, *n.* 315 et 316.

§ II. CONTRE QUI A LIEU CETTE ACTION.

62. Selon la nature des actions personnelles, le conducteur n'a cette action que contre le locateur qui a contracté l'obligation d'où elle naît, ou contre ses héritiers, qui, en leur qualité d'héritiers, succèdent à toutes ses obligations; ou contre ses successeurs à titre universel, qui sont *loco heredum*; mais il n'a pas cette action contre les tiers détenteurs de la chose, qui ont succédé à titre particulier. Par exemple, si le

propriétaire d'une maison, après m'en avoir fait un bail à loyer pour y entrer à la Saint-Jean prochaine, la vend à un tiers avant que j'y sois entré, sans le charger de l'entretien du bail à loyer qu'il m'a fait, je n'ai d'action que contre celui qui m'a fait le bail, qui doit être condamné en mes dommages et intérêts, faute de pouvoir remplir l'obligation qu'il a contractée envers moi de me faire jouir de la maison; je n'en ai aucune contre l'acheteur de la maison, qui n'a contracté avec moi aucun engagement, et qui ne succède point à celui de son vendeur, n'étant pas tenu de ses dettes.

Bien loin que je puisse avoir action contre le tiers acquéreur pour me faire mettre en jouissance de l'héritage qui m'a été donné à loyer ou à ferme, il peut au contraire m'en expulser, si j'en suis déjà entré en jouissance avant qu'il l'eût acquis, comme nous le verrons *infrà, chap.* 4, *sect.* 2.

63. Suivant ces principes, si, après m'avoir fait un bail à loyer d'une maison, ou un bail à ferme d'une métairie, contre la foi de votre engagement, vous en faites bail à un autre que vous faites entrer en jouissance, je n'ai aucune action contre ce second locataire ou fermier qui se trouve en jouissance de l'héritage dont vous m'avez fait bail; je n'ai action que contre vous en dommages et intérêts.

Mais si aucun des deux locataires ou fermiers, auxquels le même héritage a été donné à loyer ou à ferme en différens temps, n'est encore entré en jouissance, et qu'ils demandent l'un et l'autre à y entrer, c'est celui à qui le bail a été fait le premier, qui doit être préféré.

Observez, néanmoins, que les actes sous signature privée, ne faisant pas de foi de leur date contre les tiers, celui des deux locataires ou fermiers, qui a un bail pardevant notaires, doit l'emporter sur celui qui a un bail sous signature privée, quoique celui-ci porte une date antérieure à celle du bail devant notaires, à moins que le décès de quelqu'une des personnes qui l'ont souscrit ne lui ait assuré une date antérieure à celle du bail devant notaires.

Lorsque la chose, qui fait l'objet du bail, est un fait personnel, comme lorsqu'un berger s'est loué à un laboureur pour entrer à son service à la Toussaint prochaine, et que, contre la foi de cet engagement, il s'est peu après loué à un autre laboureur, pour entrer chez lui au même terme; dans le for extérieur, *quùm nemo possit præcisè cogi ad factum*, il est au choix de ce berger d'entrer chez lequel des deux il voudra, sauf à l'autre à le faire condamner en ses dommages et intérêts; mais, dans le for de la conscience, il doit entrer au service de celui à qui il s'est loué en premier lieu.

§ III. EN QUEL CAS Y A-T-IL LIEU A CETTE ACTION.

64. Il y a lieu à cette action qu'a le conducteur contre le locateur pour se faire délivrer la chose, 1° dans le cas auquel le locateur ayant le pouvoir de la délivrer, refuse de le faire; 2° dans le cas auquel il s'est, par son fait, mis hors d'état de la pouvoir délivrer, comme lorsque, depuis le bail qu'il m'en a fait, il l'a aliénée sans charger l'acquéreur de l'entretien du bail, ou lorsqu'il l'a laissé périr par sa faute; 3° enfin même dans le cas auquel n'ayant pas eu, dès le temps du bail, le pouvoir de disposer de la jouissance de cette chose, il se serait obligé témérairement à la donner.

Cela a lieu, non seulement lorsqu'il savait qu'il n'avait pas le droit d'en disposer, mais même lorsqu'il croyait de bonne foi que la chose lui appartenait, et qu'il avait le droit d'en disposer. La raison est, que le contrat de louage se gouverne par les mêmes règles que le contrat de vente. De même que, dans le contrat de vente, on peut vendre la chose d'autrui, *res aliena vendi potest*, en ce sens que celui, qui vend la chose d'autrui, contracte valablement l'obligation de la délivrer et de la garantir à l'acheteur, et que la bonne foi de ce vendeur, qui avait un juste sujet de croire que la chose qu'il vendait lui appartenait, ne le décharge pas des dommages et intérêts dus à l'acheteur pour l'inexécution de son obligation; de même, dans le contrat de louage, *res aliena locari potest*, et le locateur s'oblige valablement envers le locataire à le faire jouir de la chose, et en ses dommages et intérêts, faute de pouvoir remplir cette obligation, quoiqu'il ait cru de bonne foi que la chose lui appartenait, et qu'il ait eu le droit d'en disposer. La raison ultérieure est que, suivant les principes établis en notre Traité des obligations, pour qu'une obligation soit valable, il suffit que la chose, que quelqu'un promet de faire, soit possible en soi; et il n'est pas nécessaire qu'elle soit au pouvoir de celui qui a promis de la faire: il doit s'imputer d'avoir promis ce qu'il ne pouvait pas tenir; celui, à qui on a fait la promesse, a eu droit d'y compter, dès que ce qu'on lui promettait était en soi possible.

65. Il en est autrement, lorsque le locateur ne peut pas délivrer au locataire la chose qu'il lui a louée, ou parce qu'elle a péri, ou parce qu'elle a été mise hors du commerce; *putà*, si, par autorité publique, le champ, que vous m'avez donné à ferme, a été pris pour en faire un grand chemin, ou parce que, par quelque autre accident que ce soit, sans le fait ni la faute du locateur, la chose a cessé de pouvoir servir à l'usage pour lequel elle avait été louée; comme si le cheval que je vous avais loué est devenu boiteux:

en tous ces cas, le locateur est déchargé de son engagement, parce qu'il devient impossible, et qu'*impossibilium nulla obligatio est;* et il n'y a pas lieu à l'action *ex conducto;* mais le conducteur, de son côté, est déchargé du sien, comme nous le verrons en la partie suivante; et s'il en avait payé le loyer d'avance, il en aurait la répétition, *condictione sine causâ.*

§ IV. A QUOI SE TERMINE CETTE ACTION, EN CAS D'INEXÉCUTION DE L'OBLIGATION DU LOCATEUR.

66. La première question qui se présente est de savoir, si, lorsque le locateur ayant le pouvoir de délivrer au locataire la chose qu'il lui a louée, refuse de le faire, le locataire peut obtenir de s'en faire mettre en jouissance *manu militari*, ou s'il ne peut obtenir que des dommages et intérêts.

Cette question est semblable à celle que nous avons traitée au long en notre Traité du contrat de vente, *n.* 67, où il s'agissait de savoir si le vendeur, qui a la chose vendue en sa possession, peut être contraint précisément à la livrer à l'acheteur. L'une et l'autre question dépendent de l'explication de cette maxime, *Nemo potest præcisè cogi ad factum.* Nous avons observé qu'elle n'avait d'application qu'à l'égard des obligations qui ont pour objet quelque acte corporel de la personne du débiteur, auquel il ne pouvait être contraint sans qu'on attentât à sa personne et à sa liberté. Telle est l'obligation que quelqu'un aurait contractée d'entrer à mon service, d'aller quelque part pour mes affaires, de copier mes cahiers, etc. Il en est autrement de l'obligation que contracte le vendeur dans le contrat de vente, de livrer une certaine chose à l'acheteur, et pareillement de celle que contracte dans le contrat de louage le locateur. Ces faits *non sunt mera facta*, ce sont des faits *quæ ad dationem magis accedunt*, auxquels le débiteur peut être précisément contraint sans attenter ni à sa personne ni à sa liberté, en permettant, soit à l'acheteur, soit au locataire, de se faire mettre, par le ministère d'un sergent, en possession de la chose qui lui a été vendue ou qui lui a été louée, pour par l'acheteur la retenir à titre de propriétaire, ou par le locataire jouir ou user de ladite chose pendant le temps convenu. C'est l'avis de Lauterbach, *ad tit. locat.*

67. L'autre question, qui concerne l'exécution de cette action *ex conducto*, est de savoir en quoi elle se résout, à défaut de tradition de la chose louée. Il faut décider, comme nous l'avons fait à l'égard de l'action *ex empto*, en notre Traité du contrat de vente, *n.* 68, que l'action *ex conducto*, en ce cas, a deux objets : 1° la décharge du prix de la ferme ou du loyer, et la restitution de ce qui en aurait été payé d'avance; 2° la condamnation des dommages et intérêts, si le conducteur en a souffert à cause de l'inexécution du contrat.

68. Ces dommages et intérêts, suivant la définition qu'en donne la loi 23, ff. *rem rat. hab.*, et suivant les principes généraux que nous avons établis en notre Traité des obligations, *part.* 1, *chap.* 2, *art.* 3, sur les dommages et intérêts résultans de l'inexécution des obligations, consistent dans la perte que l'inexécution du contrat a causée au conducteur, et dans le gain ou profit dont elle l'a privé; *quantùm ei abest, et quantùm lucrari potuit.*

Par exemple, si vous m'avez loué une voiture pour faire un voyage, ou une maison pour y loger, et que vous ayez manqué de me la livrer au temps convenu; ce que j'ai été obligé de payer pour le loyer d'une autre voiture ou d'une autre maison semblable, de plus que le prix pour lequel vous m'aviez loué votre voiture ou votre maison, est une perte que me cause l'inexécution du contrat, dont vous devez me faire raison.

Si vous m'avez fait ce bail par acte devant notaire, le coût de cet acte que j'ai payé, est encore une perte pour moi dont vous devez me dédommager.

Si la maison, que vous m'avez louée, était une auberge, la perte, que j'ai faite sur les provisions que j'avais faites pour exploiter cette auberge, et que j'ai été obligé de revendre, faute de pouvoir y entrer, est encore une perte qui fait partie des dommages et intérêts que je souffre de l'inexécution de votre obligation, dont vous devez me faire raison.

On doit aussi comprendre dans les dommages et intérêts le profit que j'aurais pu vraisemblablement faire en exerçant cette auberge, au-delà du prix de la ferme que je m'étais obligé de payer; car ce profit est un gain dont m'a privé l'inexécution du bail, qui entre par conséquent dans les dommages et intérêts qui en résultent, suivant notre définition ci-dessus rapportée, *quantùm meâ interest, id est quantùm abest, et quantùm lucrari potui.*

Si j'ai fait ou pu faire un autre trafic à la place du commerce d'aubergiste que je me proposais de faire; en ce cas, dans les dommages et intérêts qui me sont dus pour l'inexécution du bail qui m'a été fait de l'auberge, on ne doit estimer le gain que j'aurais pu faire dans cette auberge, que sous la déduction de celui que j'ai pu faire dans cet autre trafic.

Pareillement, dans les dommages et intérêts dus à un laboureur pour l'inexécution du bail qui lui a été fait d'une métairie, si, parce que le bailleur ne l'a pas averti assez à temps qu'il ne pouvait exécuter son obligation, et le faire

entrer dans la métairie dont il lui avait fait bail, le laboureur n'en a pu trouver d'autre, et a été obligé de se démenter, et de vendre à perte ses chevaux et ses troupeaux; on doit faire entrer tant la perte qu'il a soufferte en se démentant, que le gain qu'il aurait vraisemblablement fait dans l'exploitation de cette métairie.

Si ce laboureur, à qui vous avez fait bail, ne s'est pas démonté, et qu'il ait trouvé une autre métairie, mais à des conditions moins avantageuses, les dommages et intérêts pour l'inexécution du bail que vous lui avez fait, consistent dans ce qu'on estimera le bénéfice qu'il aurait eu à espérer du bail que vous lui avez fait, excéder celui qu'il a à espérer de l'autre bail qui lui a été fait.

69. Observez que, suivant les principes établis en notre *Traité des obligations*, *n.* 160, lorsque ce n'est pas par mauvaise foi que le locateur manque à son obligation, il ne doit être tenu que des dommages et intérêts du conducteur qui ont pu être prévus lors du contrat, n'étant censé s'être soumis qu'à ceux-là; il n'est pas tenu des pertes que l'inexécution du contrat a causées au conducteur, qui n'ont pas été prévues lors du contrat, ni encore moins des gains dont l'inexécution du contrat a privé le conducteur, si ces gains étaient inespérés lors du contrat.

Par exemple, si, dans un pays de traverse, éloigné d'Orléans, un loueur de chaises a fait marché avec un chanoine d'Orléans de lui louer une chaise et des chevaux pour le conduire chez lui, et que la chaise et les chevaux, que ce loueur comptait être de retour an jour fixé pour le départ du chanoine, n'étant pas arrivés, il n'ait pu les lui fournir; les dommages et intérêts résultans de l'inexécution de ce marché consistent dans la dépense que ce chanoine a été obligé de faire à l'auberge jusqu'à ce qu'il ait pu trouver une autre voiture, et dans ce qu'il a payé de plus pour le loyer de l'autre voiture, qu'il ne devait payer pour celle qu'on lui avait louée : ce sont ces dommages et intérêts qui ont pu être prévus lors du contrat. Mais si ce chanoine n'ayant pu trouver assez tôt une autre voiture en la place de celle qu'en lui avait louée, n'a pu arriver assez à temps à Orléans pour gagner ses gros fruits; cette perte qu'il a soufferte par l'inexécution du marché, n'entrera pas dans les dommages et intérêts qui lui sont dus par le loueur de chaises; car ils n'ont pas été prévus par le marché.

Pareillement, dans les dommages et intérêts dus pour inexécution du bail d'une auberge, on comprendra le profit qu'on pouvait croire au temps du bail devoir être à faire en exerçant cette auberge. Mais si, depuis le bail, on a établi une grande route par le lieu où cette auberge est située, qui doit causer une grande augmentation de profit dans l'exploitation de cette auberge, cette augmentation ne doit pas être comprise dans les dommages et intérêts, parce que c'est un profit inespéré qui n'a pu être prévu lors du contrat.

70. Lorsque c'est par mauvaise foi que le locateur a manqué à son obligation, il est tenu, en ce cas, indistinctement, de tous les dommages et intérêts que l'inexécution de l'obligation a causés au locataire, soit qu'ils aient pu être prévus lors du contrat, soit qu'ils n'aient pu l'être; car le dol de celui qui cause quelque préjudice à quelqu'un, l'obligeant, *sive velit, sive nolit*, à le réparer, il n'est pas nécessaire que celui, qui a commis le dol, se soit soumis aux dommages et intérêts qu'il a causés pour son dol, ni par conséquent qu'ils aient été prévus lors du contrat. Voyez *notre Traité des obligations, n.* 166.

Néanmoins, en cas de dol du locateur, il ne doit être tenu que des dommages et intérêts dont l'inexécution a été la cause prochaine et immédiate, non de ceux dont elle ne serait qu'une cause éloignée et occasionelle; *ibid.*, n. 167.

Par exemple, quoique ce soit par mon dol que mon locataire n'a pu jouir de l'auberge que je lui avais louée, pendant tout le temps pour lequel je la lui avais louée, je serai bien tenu envers lui des dommages et intérêts résultans du profit qu'il a manqué de faire, l'inexécution du bail en étant la cause prochaine : mais si l'interruption de son commerce d'aubergiste a occasioné un dérangement dans ses affaires, que ses créanciers aient saisi ses biens, et les aient consommés en frais; je ne serai pas tenu de cette perte, dont l'inexécution du bail n'est qu'une cause occasionelle et éloignée.

Observez que, même à l'égard des dommages et intérêts qui ont dû être prévus lors du contrat, et desquels le locateur de bonne foi, qui n'a pu remplir son obligation, est tenu aussi bien que le locateur de mauvaise foi, on doit encore faire une différence entre l'un et l'autre, en ce que ces dommages et intérêts doivent s'estimer à la rigueur contre le locateur qui a manqué par mauvaise foi à son obligation; au lieu qu'on doit user de modération et d'indulgence dans l'estimation de ces dommages et intérêts à l'égard du locateur de bonne foi.

§ V. A QUOI SE TERMINE CETTE ACTION. EN CAS DE RETARD APPORTÉ A L'EXÉCUTION DE L'OBLIGATION DE DÉLIVRER LA CHOSE.

71. Lorsque le locateur n'a pas manqué, mais

a apporté seulement du retard à l'exécution de l'obligation qu'il a contractée envers le locataire de lui délivrer la chose qu'il lui a louée, il est pareillement tenu, *actione ex conducto*, des dommages et intérêts que ce retard a causés au locataire, depuis que ce locataire l'a mis en demeure d'y satisfaire. Par exemple, si l'on a fait à un marchand un bail à loyer d'une loge pour y étaler ses marchandises pendant le temps de la foire de Saint-Germain, et que le locateur ait manqué de le faire entrer en jouissance de cette loge dès le commencement de la foire; quoiqu'il l'en ait mis depuis en possession, il sera tenu de dédommager le marchand du profit qu'il a manqué de faire pendant le temps qu'il n'a pas joui de la loge, à compter du jour de la sommation judiciaire qu'il a faite au locateur de l'en faire jouir.

Par la même raison, si un loueur de chaises m'a loué une chaise et des chevaux pour me conduire au lieu de mon domicile, et qu'il ne l'ait pas fournie au jour convenu; quoiqu'il me l'ait fournie depuis, il est tenu de me dédommager de la dépense que son retard m'a obligé de faire à l'auberge depuis le jour que je lui ai fait une sommation judiciaire de satisfaire à son obligation.

72. Le conducteur, qui a constitué le locateur en demeure de s'acquitter de son obligation, peut non seulement demander les dommages et intérêts qu'il souffre de ce retard; il peut en outre quelquefois demander la résolution du marché, et qu'il lui soit permis de se pourvoir ailleurs. Par exemple, si on a loué à un marchand une loge pour la foire, le marchand, à qui le locateur ne délivre pas cette loge, peut conclure à ce que, faute par le locateur de l'en mettre en jouissance dans les vingt-quatre heures, il lui soit permis d'en louer une autre, et qu'il soit déchargé du marché envers le locateur.

73. Quand même ce serait par une force majeure survenue depuis le contrat, que le locateur aurait apporté du retard à l'exécution de son obligation; comme si un loueur de chevaux, qui m'avait loué un cheval pour un certain jour, avait été obligé, par autorité publique, de fournir ce jour-là tous ses chevaux pour le service de la poste; quoiqu'il ne soit pas tenu, en ce cas, des dommages et intérêts que je souffre du retard apporté à l'exécution de son obligation, le loueur de chevaux n'étant pas garant de cette force majeure, néanmoins je suis bien fondé à demander la résolution du marché, et à refuser de me servir de son cheval, s'il me l'offrait après que le temps auquel j'en avais besoin est passé.

§ VI. A QUOI SE TERMINE CETTE ACTION, DANS LE CAS OU LA CHOSE LOUÉE, QUE LE LOCATEUR OFFRE DE DÉLIVRER AU LOCATAIRE, NE SE TROUVE PAS ENTIÈRE, OU NE SE TROUVE PAS AU MÊME ÉTAT QU'ELLE ÉTAIT LORS DU CONTRAT.

74. Lorsque la chose louée, que le locateur offre de délivrer au conducteur, ne se trouve pas entière, le locateur en ayant perdu une partie depuis le contrat, ou lorsqu'elle ne se trouve pas au même état qu'elle était lors du contrat; quand ce qui manque de la chose, ou quand le changement, qui est arrivé dans la chose, est tel que le conducteur n'eût pas voulu prendre cette chose à loyer, si elle se fût trouvée telle qu'elle est devenue depuis; en ce cas, le conducteur est bien fondé à refuser de recevoir la chose, et à demander la résolution du contrat.

Cela a lieu, quand même ce serait par une force majeure survenue depuis le contrat, que la chose ne se trouverait plus entière, ou se trouverait détruite; comme, par exemple, si, depuis le contrat, le feu du ciel avait brûlé une partie considérable de la maison que vous m'aviez louée, et que ce qui en reste ne fût pas suffisant pour m'y loger avec ma famille; ou si une prairie, que vous m'aviez louée, avait été inondée par un débordement de rivière, lequel y a laissé un mauvais limon qui en a gâté l'herbe : mais, dans ce cas, je ne pourrais demander que la résolution du marché, sans pouvoir prétendre aucuns dommages et intérêts pour son inexécution.

Au contraire, si c'est par son fait que le locateur n'a plus cette partie de la chose, *putà*, parce qu'il l'a aliénée depuis le bail qu'il m'a fait, ou si, dès le temps du bail, il n'était pas propriétaire de cette partie, et qu'il en ait depuis souffert éviction; en ce cas, je puis demander, outre la résolution du bail, les dommages et intérêts que je souffre de son inexécution, suivant que nous l'avons expliqué *suprà*, *art*. 2.

SECTION II.

DE L'OBLIGATION DU LOCATEUR DE N'APPORTER AUCUN TROUBLE A LA JOUISSANCE DU CONDUCTEUR, ET DE LA GARANTIE DE CEUX QUI POURRAIENT Y ÊTRE APPORTÉS PAR DES TIERS PENDANT TOUT LE TEMPS DU BAIL.

Nous verrons, sur ce chef d'obligation du locateur, 1° en quel cas le locateur est censé apporter du trouble à la jouissance du conducteur, et quelle action a le conducteur pour l'en empêcher; 2° quels sont les troubles apportés par des tiers à la jouissance du conducteur, dont le locateur est obligé de le défendre et garantir; 3° de l'action de garantie qu'a le conducteur

contre le locateur, pour qu'il le défende des troubles apportés à sa jouissance par des tiers; 4° de l'exception qu'a le conducteur, et qui naît de la garantie qui lui est due.

§ I. EN QUELS CAS LE LOCATEUR EST-IL CENSÉ APPORTER DU TROUBLE A LA JOUISSANCE DU CONDUCTEUR, ET QUELLE ACTION A LE CONDUCTEUR POUR L'EN EMPÊCHER.

75. C'est une suite de l'obligation que le locateur contracte envers le conducteur par le contrat de louage, *præstare ei frui licere,* qu'il ne puisse apporter aucun trouble à la jouissance du conducteur, pendant tout le temps que le bail doit durer.

C'est un trouble que le locateur d'une métairie apporterait à la jouissance du fermier auquel il en a fait bail, s'il en percevait quelques fruits, à moins qu'il ne se les fût réservés expressément par le bail; comme si, après vous avoir donné à ferme une métairie, j'envoyais, pendant le temps du bail, les bestiaux d'une autre métairie voisine que je fais valoir par mes mains, paître dans les prairies dépendantes de celle que je vous ai donnée à ferme.

C'est pareillement un trouble que le locateur d'une métairie apporterait à la jouissance de son fermier, s'il voulait changer la forme d'une partie considérable des terres de ladite métairie; comme s'il voulait convertir une pièce de terre labourable en prairie, ou la faire planter en bois: le fermier est en droit de s'opposer à ce changement, quelque dédommagement que lui offre le locateur; car le locateur, par le bail qu'il a fait de sa métairie, a contracté envers son fermier l'obligation de le laisser jouir des terres de sa métairie en la nature qu'elles étaient lors du bail, pendant tout le temps qu'il doit durer: il ne peut donc pas, sans contrevenir à cette obligation, en changer la nature.

Mais si ce changement de forme n'était que sur une partie peu considérable, et que le propriétaire eût intérêt de le faire, il le pourrait faire, en indemnisant le fermier. Par exemple, si sur une grande quantité de terres dont est composé l'héritage que j'ai donné à ferme, j'en veux détacher quelques arpens pour agrandir mon parc, et les planter en bois; le fermier, à qui j'offre une indemnité et diminution sur sa ferme, ne peut pas s'y opposer.

A plus forte raison, si ce que le locateur veut faire sur les terres de la métairie qu'il a donnée à ferme, est quelque chose qui ne diminue pas la jouissance que le fermier doit avoir desdites terres, ou si la diminution qu'elle y causera, est quelque chose d'infiniment petit, ce fermier ne peut pas s'y opposer, ni même, en ce cas, prétendre d'indemnité, puisqu'il ne souffre rien. Par exemple, si, vers la fin du temps d'un bail, le locateur veut planter des arbres sur une petite partie des terres de la métairie qu'il a donnée à ferme, pour faire une avenue à son château, le fermier ne doit pas être admis à s'y opposer; ces arbres ne peuvent pas, pendant le peu de temps qui reste à courir du bail, pousser assez de racines ni produire assez d'ombre pour diminuer d'une façon sensible la jouissance que le fermier doit avoir de ces terres.

Ce n'est pas un trouble que le locateur d'une métairie apporte à la jouissance de son fermier, lorsqu'il s'y transporte, ou qu'il y envoie des personnes de sa part pour en visiter l'état.

Ni lorsqu'il y va ou y envoie chasser, pourvu qu'il n'apporte aucun dommage aux fruits; car la chasse n'est pas comprise dans le bail qu'il a fait de la métairie, et ne peut pas même l'être, comme nous l'avons vu ci-dessus.

76. A l'égard des maisons de ville, ce serait un trouble que le locateur apporterait à la jouissance que son locataire doit avoir de la maison, s'il faisait quelque chose qui tendît à diminuer cette jouissance, ou à la rendre moins commode au locataire. Par exemple, si, depuis le bail à loyer d'une maison que je vous ai fait, j'entreprends d'ouvrir dans le mur mitoyen de cette maison et d'une autre maison voisine qui m'appartient, une fenêtre qui me donne une vue sur la maison que je vous ai louée, ou si j'entreprends d'y établir un égoût pour y faire tomber de la mienne sur la vôtre les eaux qui n'y tombaient pas avant le bail que je vous en ai fait, c'est un trouble que je fais à votre jouissance, auquel vous êtes en droit de vous opposer; car la maison n'était pas, lors du bail que je vous en ai fait, sujette à l'incommodité de cette vue et de cet égoût, qui n'étaient pas encore: m'étant par le bail obligé de vous donner la jouissance de cette maison telle qu'elle était alors, il n'est pas douteux qu'en faisant cette vue ou cet égoût, j'apporte de l'incommodité, et par conséquent du trouble à la jouissance que je vous ai promise.

77. Le bailleur n'est pas censé contrevenir à son obligation de n'apporter aucun trouble à la jouissance que le locataire doit avoir de la maison, en faisant, durant le cours du bail, à cette maison, des réparations nécessaires. C'est pourquoi, quelque grande que soit l'incommodité qu'elles ont causée au locataire, quand même elles auraient rendu entièrement inexploitable la plus grande partie des cénacles, pendant un temps considérable qu'il a fallu employer à les faire, le locataire n'est pas pour cela en droit de prétendre aucuns dommages et intérêts contre le bailleur; le locataire doit seulement, en ce cas, être déchargé du loyer de la partie de la

maison dont il n'a pas eu la jouissance, pour le temps qu'il en a été privé.

Si les réparations n'avaient duré que peu de jours à faire, ou même qu'ayant duré long-temps elles n'eussent causé au locataire qu'une incommodité médiocre, et ne l'eussent privé à la fois que de quelque partie médiocre de la maison, le locataire ne pourrait pas, même en ce cas, prétendre aucune remise du loyer; c'est une chose censée prévue lors du bail, qu'il pourra survenir des réparations à faire, et le locataire est censé s'être soumis à en supporter l'incommodité.

Suivant l'usage du châtelet de Paris, attesté par Denisard, lorsque le temps pour faire ces réparations ne dure pas plus de six semaines, le locataire ne peut prétendre aucune diminution de son loyer.

78. Lorsque les ouvrages, que le locateur veut faire à la maison pendant le temps du bail ne sont pas nécessaires, le locataire peut s'y opposer et l'en empêcher; car, en ce cas, ce serait un trouble que le locateur ferait à la jouissance du locataire sans nécessité, par l'embarras que les ouvriers causeraient au locataire : d'ailleurs le locataire ayant le droit de jouir de la maison en l'état qu'elle était lors du bail qui lui en a été fait, on ne peut malgré lui en changer l'état.

79. Quoique les réparations, que le bailleur veut faire à sa maison, soient nécessaires, si elles ne sont pas urgentes, et qu'il paraisse que le propriétaire ne se presse de les faire à la fin du bail, que pour éviter l'incommodité qu'elles lui causeraient, si elles se faisaient lorsqu'après l'expiration du bail il sera rentré dans sa maison, et pour faire tomber sur son locataire cette incommodité, le locataire peut encore, en ce cas, être reçu à empêcher le propriétaire de faire ces réparations.

80. De l'obligation du locateur de n'apporter aucun trouble à la jouissance du conducteur, naît une action qui est une branche de l'action *ex conducto*, qu'a le conducteur en cas de trouble, contre le locateur : cette action tend à ce qu'il soit fait défenses au locateur d'apporter aucun trouble à la jouissance du conducteur, et à ce qu'il soit condamné aux dommages et intérêts, lorsque le conducteur en a souffert; quelquefois même, selon les circonstances, à ce que le locateur soit condamné à détruire les ouvrages par lui faits malgré le conducteur, ou à son insu, sinon que, faute par lui de le faire dans un temps bref qui doit lui être fixé par le juge, il sera permis au conducteur de le faire faire lui-même aux dépens du locateur; ce qui ne doit néanmoins avoir lieu que lorsqu'ils causent un préjudice considérable à la jouissance du conducteur.

§ II. QUELS SONT LES TROUBLES DE LA PART DES TIERS, DONT LE LOCATEUR EST OBLIGÉ DE GARANTIR LE CONDUCTEUR.

81. Il y a différentes espèces de troubles qui peuvent être apportés de la part des tiers à la jouissance du conducteur. Il y en a qui ne consistent que dans des voies de fait, sans que ceux qui ont apporté le trouble prétendent avoir aucun droit dans l'héritage, ou par rapport à l'héritage. Par exemple, si des laboureurs voisins font paître leurs troupeaux dans les prairies d'une métairie que je tiens à ferme, et ce par voie de fait, sans prétendre en avoir le droit; si des voleurs, au clair de lune, vendangent mes vignes; si des gens jettent de la coque du Levant dans les étangs, et en font mourir les poissons, etc., le locateur n'est pas garant de cette espèce de trouble; le fermier n'a d'action que contre ceux qui l'ont causé, *actionem injuriarum*; et si cette action lui est inutile, soit parce qu'on ne connaît pas ceux qui lui ont causé le tort, soit par leur insolvabilité, et qu'il ait par ce moyen été privé de tous les fruits qu'il avait à recueillir, ou de la plus grande partie, le fermier peut seulement, en ce cas, demander la remise de sa ferme, pour le tout ou pour partie; de même qu'il le peut dans tous les cas auxquels il a été empêché de jouir par une force majeure qu'il n'a pu empêcher, comme nous le verrons au chapitre suivant.

82. Il y a une autre espèce de trouble fait par un tiers à la jouissance du conducteur ou fermier, qu'on peut appeler *trouble judiciaire*.

Ce trouble est fait par une demande donnée par ce tiers contre le fermier, aux fins de lui délaisser l'héritage ou quelque partie d'icelui, dont le demandeur soutient être le propriétaire ou l'usufruitier; ou bien aux fins que le fermier soit obligé de souffrir l'exercice de quelque droit de servitude que le demandeur prétend avoir sur l'héritage, dont le fermier n'a pas été chargé par son bail.

Il peut aussi être formé par des exceptions contenant semblables prétentions que ce tiers a opposées contre la demande du fermier, donnée contre lui pour lui faire défenses de le troubler dans sa jouissance.

Ces troubles judiciaires peuvent aussi s'appeler des évictions, non de la chose, mais de la jouissance de la chose.

Pour savoir quels sont ceux de ces troubles judiciaires ou évictions, dont le locateur est obligé de défendre et de garantir le conducteur ou fermier, il faut suivre les règles suivantes.

PREMIÈRE RÈGLE.

83. Lorsque le conducteur a souffert, de la

part du tiers, une éviction de la jouissance de l'héritage qui lui a été loué, ou de partie d'icelui, si la cause de l'éviction, ou du moins le germe de cette cause existait dès le temps du bail, le locateur est garant de cette éviction envers le conducteur, soit que le locateur en eût connaissance, soit qu'il l'ignorât.

Par exemple, si l'héritage, dont vous m'avez fait bail, ou une partie d'icelui, ne vous appartenait pas, au moins quant à l'usufruit; s'il appartenait au tiers qui a donné la demande contre moi, afin que je le lui délaisse pour le tout ou pour partie; ou si vous n'en aviez qu'une propriété résoluble, qui, depuis le bail, s'est résolue au profit de ce tiers, vous êtes garant de l'éviction que j'ai soufferte de la part de ce tiers, quand même vous auriez ignoré le droit de ce tiers.

Cette décision est conforme à ce que nous avons déjà décidé ci-dessus, à l'égard de l'obligation de délivrer la chose, et à ce que nous avons décidé dans notre Traité du contrat de vente, *part.* 2, *chap.* 1, *sect.* 2, *art.* 2, à l'égard du vendeur par rapport à l'action *ex empto*. Les mêmes règles, qui ont lieu pour l'action *ex empto* contre le vendeur, *ut præstet emptori habere licere*, doivent pareillement avoir lieu pour l'action *ex conducto* contre le locateur, *ut præstet conductori frui licere*; il y a même raison.

SECONDE RÈGLE.

84. Lorsque le conducteur, lors du bail, avait connaissance du droit du tiers, de la part duquel il a souffert l'éviction de la jouissance de l'héritage qui lui a été loué, ou de partie d'icelui, le locateur n'est pas garant de cette éviction; à moins que le locateur, qui avait pareillement connaissance de ce droit, n'eût expressément promis au conducteur la garantie d'une pareille éviction. Mais si le locateur l'ignorait, il ne serait pas tenu de la garantie envers le conducteur qui en avait la connaissance, quand même il aurait expressément promis cette garantie, ayant été induit en erreur par le conducteur qui lui a dissimulé la connaissance qu'il en avait.

Cette règle est conforme à ce que nous avons décidé dans notre Traité du Contrat de vente, *n.* 187, 190 et 191, pour l'action *ex empto*. Il y a même raison de le décider pour l'action *ex conducto*. Observez que le conducteur qui, dans le cas de cette règle, n'a pas l'action de garantie, doit être déchargé de la ferme pour le restant du temps du bail, du jour qu'il a été obligé de quitter la jouissance.

TROISIÈME RÈGLE.

85. Il n'y a pas lieu à la garantie contre le locateur pour l'éviction que le conducteur souffre, de la part d'un tiers, de la jouissance de l'héritage qui lui a été loué, ou de partie d'icelui, lorsque le conducteur est lui-même en une autre qualité garant de cette éviction envers le locateur.

Voici un exemple de cette règle : Je vous ai vendu un héritage dont j'étais en possession, et dont je me croyais propriétaire, quoiqu'il appartînt à Pierre : vous me l'avez depuis donné à ferme; et pendant le cours du bail, j'ai souffert éviction de la jouissance de l'héritage de la part de Pierre. Il est évident que je ne puis, en ce cas, prétendre aucune garantie; car c'est au contraire moi qui, comme vendeur de cet héritage, suis garant envers vous de l'éviction que vous souffrez.

QUATRIÈME RÈGLE.

86. Quoique la cause de l'éviction de la jouissance de l'héritage ou de partie d'icelui, que le conducteur a soufferte de la part d'un tiers, n'ait existé que depuis le bail, le locateur en est encore garant, si elle procède de son fait; sinon il n'en est pas garant.

Le cas de la première partie de cette règle, est lorsque, depuis le bail, le locateur a, sans aucune nécessité, vendu ou aliéné sous quelque autre titre l'héritage à un tiers, sans la charge de l'entretien du bail, ou lorsque, depuis le bail, il a imposé au profit d'un héritage voisin un droit de servitude.

Quand même la vente aurait été forcée et faite sur la saisie réelle de l'héritage par les créanciers du locateur, le locateur serait pareillement tenu de la garantie du trouble qui aurait été fait au fermier par l'adjudicataire; car c'est encore, en ce cas, le fait du locateur; ses dettes, pour lesquelles l'héritage a été vendu, sont son fait, puisqu'il devait les acquitter.

87. Pour exemple du second cas de la règle, *Finge*. Depuis le bail qui m'a été fait par vous d'une maison, le corps de ville a obtenu des lettres patentes par lesquelles vous avez été obligé à lui vendre votre maison au prix de l'estimation qui en serait faite, pour être détruite, et servir à l'emplacement de quelque édifice public; en conséquence le corps de ville vous a payé le prix de votre maison suivant l'estimation. La demande ou sommation, qui m'est faite par le corps de ville, est un trouble dont vous n'êtes pas garant; car le droit que le corps de ville a de m'empêcher de jouir, est un droit qui n'a commencé que depuis le bail, et qui ne procède pas du fait du locateur, lequel n'a pu résister à l'autorité publique, qui a ordonné l'aliénation de la maison : je dois seulement, en ce cas, être déchargé des loyers pour ce qui reste à expirer

du temps du bail, depuis que j'ai été obligé de sortir de la maison.

CINQUIÈME RÈGLE.

88. Le locateur est garant, non seulement des évictions qui privent entièrement le conducteur de la jouissance de l'héritage, ou d'une partie d'icelui; il est pareillement garant des troubles qui tendent seulement à gêner ou à diminuer cette jouissance, tel que celui que le conducteur souffre de la part d'un tiers qui prétend quelque droit de servitude sur l'héritage; et il faut faire, à l'égard de la garantie de ces troubles, les mêmes distinctions qui ont été faites dans les règles précédentes à l'égard de la garantie des évictions.

SIXIÈME RÈGLE.

89. Il y a lieu à la garantie, soit que le trouble ait été fait au conducteur lui-même, soit qu'il ait été fait à ses sous-locataires.

§ III. DE L'ACTION DE GARANTIE QU'A LE CONDUCTEUR QUI EST TROUBLÉ DANS SA JOUISSANCE.

90. De l'obligation de garantie, que le locateur contracte envers le conducteur par le contrat de louage, naît l'action de garantie, qui est une branche de l'action *ex conducto*. Par cette action le conducteur, qui a souffert éviction ou diminution de la jouissance de la chose qui lui a été louée, conclut contre le locateur à ce qu'il soit condamné envers lui aux dommages et intérêts qu'il souffre de cette éviction ou diminution de jouissance.

Cette action a lieu contre le locateur, ses héritiers ou autres successeurs universels, et contre ceux qui ont accédé à son obligation, soit comme cautions, soit en se portant avec lui locateurs ou bailleurs.

Mais ceux, qui sont intervenus au bail seulement pour y donner leur consentement, ne sont pas tenus de cette action : ils s'obligent seulement par ce consentement, à n'apporter de leur part aucun empêchement au bail; mais ils ne s'obligent pas à garantir le locataire ou fermier de ceux qui pourraient lui être apportés par d'autres. En cela, ils sont semblables à ceux qui donnent leur consentement à un contrat de vente, lesquels, par ce consentement, ne se rendent pas garans de la vente, et s'obligent seulement à n'y pas apporter d'empêchement de leur part, suivant cette règle de droit : *aliud est vendere, aliud venditioni consentire*; *l.* 160, *ff. de reg. jur.*

91. Cette action de garantie *ex conducto* diffère de l'action de garantie *ex empto*, en ce que celle-ci est ouverte aussitôt que l'acheteur est assigné pour délaisser; au lieu que l'action *ex conducto* n'est ouverte que lorsque le conducteur a été contraint de quitter la jouissance, ou que sa jouissance a souffert quelque atteinte. Cette différence résulte de celle qu'il y a entre un acheteur et un conducteur ou fermier.

Un acheteur acquiert, par la tradition de la chose vendue, la possession de cette chose, et tous les droits du vendeur : c'est contre lui, comme étant véritable possesseur de cette chose, que doivent être dirigées tant l'action de revendication d'un tiers qui s'en prétendrait le propriétaire, que les autres actions de tous ceux qui y prétendent quelque droit : c'est contre lui que ces actions procèdent. c'est lui qui a qualité pour y défendre, et il peut le faire ou par lui-même, ou par le vendeur son garant, qui, par l'obligation de garantie qu'il a contractée envers lui, est censé s'être obligé de prendre sa défense sur ces actions, toutes les fois qu'on en intenterait quelqu'une contre lui. C'est pourquoi l'action de garantie *ex empto*, qui naît de cette obligation de garantie, est ouverte aussitôt que l'acheteur est assigné par un tiers; et l'acheteur peut dès lors sommer en garantie le vendeur, pour qu'il soit tenu de prendre sa défense.

Au contraire, un conducteur, par la tradition qui lui est faite de la chose qui lui a été louée, n'en acquiert pas proprement la possession, mais seulement la simple faculté d'en jouir ou user; c'est le locateur de qui il la tient à loyer ou à ferme qui possède : *Per colonos et inquilinos possidemus*; *l.* 25, § 1, *ff. de acq. posses.* Le fermier ou locataire est un simple détenteur de la chose pour celui de qui il la tient à loyer ou à ferme, plutôt qu'il n'en est le possesseur. C'est pourquoi ce n'est pas contre un fermier ou locataire que procèdent les actions des tiers qui prétendent le droit de propriété, ou quelque autre droit dans l'héritage qui lui a été donné à ferme ou à loyer; c'est contre le locateur de qui il les tient à loyer ou à ferme, et qui est le vrai possesseur de l'héritage; et si le locataire ou fermier est assigné par un tiers sur quelqu'une de ces actions, il n'est pas obligé de défendre, ni par lui-même, ni par un autre : il n'a pas même qualité pour le faire : il n'est obligé à autre chose qu'à indiquer au demandeur la personne de qui il tient l'héritage à loyer ou à ferme; et sur cette indication, il doit être renvoyé de la demande, et le demandeur renvoyé à se pourvoir contre cette personne. De là il suit que l'action de garantie *ex conducto*, n'est pas ouverte contre le locateur par l'assignation qui a été donnée au fermier ou locataire, de la part d'un tiers, aux fins du délais de l'héritage qu'il tient à loyer ou à ferme; car le fermier ou loca-

taire n'étant pas obligé, comme nous venons de le dire, à défendre, soit par lui, soit par d'autres, sur cette action qui ne procède pas contre lui, et n'ayant pas même qualité pour le faire, le locateur ne peut pas être obligé à prendre sa défense.

Il n'y aura lieu à cette action de garantie que lorsque, sur la condamnation intervenue contre le locateur contre qui le tiers a été envoyé à se pourvoir, ou sur l'acquiescement donné par le locateur à la demande de ce tiers, le locataire ou fermier aura été contraint de quitter la jouissance de l'héritage qu'il tenait à ferme ou à loyer, ou de partie d'icelui, ou d'y souffrir l'exercice du droit de servitude prétendu par le demandeur.

Ce n'est que de ce jour, ou tout au plus du jour de la sommation de vider les lieux, faite au fermier ou locataire par ce tiers, en exécution de la sentence de condamnation intervenue contre le locateur au profit de ce tiers, ou de l'acquiescement du locateur à la demande de ce tiers que nait l'action *ex conducto* qu'a le fermier ou locataire contre le locateur, aux fins que le locateur soit tenu de le faire jouir, et que faute par lui de le pouvoir faire, ledit locataire ou fermier sera déchargé de la ferme pour le restant du temps du bail, et le locateur condamné envers lui en ses dommages et intérêts.

92. Cette action de garantie contre le locateur en cas d'éviction, a deux objets ou deux chefs : 1° la décharge du loyer ou de la ferme pour le temps restant à courir du bail depuis l'éviction ; 2° les dommages et intérêts que le locataire ou fermier a soufferts de cette éviction.

Ces dommages et intérêts se règlent comme nous avons vu, en la section précédente, que se réglaient ceux qui sont dus par le locateur à défaut de tradition. Ils doivent souvent être plus considérables ; les frais de délogement y entrent: les impenses extraordinaires faites sur l'héritage, lorsqu'elles ne sont pas de nature à pouvoir s'enlever, et que le fermier n'en a pas déjà été dédommagé par l'abondance des fruits qu'il a perçus, doivent aussi entrer dans les dommages et intérêts, et lui être restituées jusqu'à concurrence du profit qu'il en eût vraisemblablement retiré pendant le temps qui restait du bail.

93. Lorsque l'éviction, que le fermier a soufferte, est d'une partie intégrante des héritages dépendans de la métairie qui lui a été donnée à ferme, *putà*, d'un certain arpent de bois ou de vignes, etc., pour remplir le premier objet de l'action *ex conducto*, qui est la décharge de la ferme pour le restant du temps du bail, il faut rechercher, non la somme pour laquelle la partie évincée, eu égard à sa valeur présente, pourrait être aujourd'hui affermée, mais la somme pour laquelle elle a été effectivement affermée, et pour laquelle elle est entrée dans le prix du total de la ferme lors du bail ; ce qui se fait par une évaluation de la partie évincée, et des autres parties de la métairie, eu égard, non au temps de l'éviction, mais à l'état auquel elles étaient, et à la valeur respective qu'elles avaient au temps du bail.

Si la valeur de la jouissance de la partie évincée est augmentée depuis le bail, cette plus-value n'entre pas, à la vérité, dans le premier objet de l'action *ex conducto*, qui tend seulement à la décharge de la ferme; mais elle est comprise dans le second chef de cette action, qui renferme les dommages et intérêts résultans de l'éviction; car ils comprennent tout le gain dont l'éviction a privé le conducteur. Cette ventilation doit se faire aux frais du locateur qui y a donné lieu.

94. Lorsque le locataire d'une maison l'a sous-baillée à un tiers pour une somme moindre que celle pour laquelle il l'avait louée; pour 400 liv., par exemple, tandis qu'il l'a louée 600 liv., il doit, en cas d'éviction soufferte par le sous-locataire, obtenir par le premier chef de l'action *ex conducto*, la décharge pour le restant du bail, non pas seulement de 400 livres, mais de la somme de 600 livres, pour laquelle la maison lui avait été louée ; car ne jouissant plus ni par lui, ni par son sous-locataire, il ne peut plus devoir de ferme. Si au contraire le locataire de la maison l'avait sous-baillée pour 600 liv., quoiqu'il ne l'eût louée lui-même que 400, le profit de 200 liv., par chacun an, qu'aurait eu le locataire pendant le restant du temps du bail, doit entrer dans les dommages et intérêts qui sont dus à ce premier locataire, par le second chef de l'action *ex conducto*.

§ IV. DE L'EXCEPTION DE GARANTIE.

95. Si l'obligation de garantie donne au conducteur une action contre le locateur, ses héritiers ou autres successeurs universels, *ut præstent ipsi frui licere;* c'est une conséquence qu'elle lui donne aussi une exception contre les actions de ces personnes, qui tendraient à l'empêcher de jouir; selon cette règle de droit : *Cui damus actionem, eidem et exceptionem competere multò magis quis dixerit; l.* 156, § 1, ff. *de reg. jur.*

Les principes sur cette exception de garantie sont les mêmes que ceux que nous avons établis en notre Traité du contrat de vente, *part.* 2, *chap.* 1, *sect.* 2, *art.* 6, sur l'exception de garantie qui naît de l'obligation de garantie qu'un vendeur contracte par le contrat de vente.

Appliquons ces principes à quelques exemples.

Vous m'avez affermé une métairie dont par erreur vous croyiez avoir la pleine propriété, quoique la propriété, ou du moins l'usufruit appartînt à Pierre. Pierre, qui, depuis le bail que vous m'avez fait, est devenu votre héritier, demande que je lui abandonne la jouissance de cette métairie. En qualité de propriétaire ou d'usufruitier, il a droit de son chef de former cette demande; mais il est en même temps héritier de mon locateur, et, en cette qualité, non recevable dans cette demande, comme étant tenu envers moi de la garantie. Cette fin de non recevoir que j'ai à lui opposer, est ce que nous appelons *exception de garantie*, qui l'exclut de sa demande. Il faut décider la même chose, si Pierre, au lieu d'avoir un droit de propriété sur la métairie que vous m'avez affermée, avait un droit de servitude, dont vous ne m'avez pas chargé par le bail, et qu'il soit devenu votre héritier; s'il réclame contre moi le droit de servitude qui lui appartient, je lui opposerai l'exception de garantie dont il est tenu envers moi comme héritier de mon locateur.

96. Supposé que l'héritage, que vous m'avez donné à ferme, eût été grevé de substitution au profit de Pierre: si Pierre, devenu propriétaire de l'héritage par l'ouverture de la substitution, voulait m'expulser, et qu'il fût votre héritier, serais-je fondé à lui opposer l'exception de garantie? La raison de douter est, qu'en cas de vente, suivant l'article 32 du titre 2 de l'Ordonnance des substitutions, un substitué, quoiqu'héritier du vendeur, ne peut être exclu de la revendication par l'exception de garantie. Il faut néanmoins décider que je suis fondé à l'opposer. La disposition de l'ordonnance est un droit nouveau établi *contra rationem juris*, dans le cas du contrat de vente, qui ne doit pas être étendu au contrat de louage; il n'y a pas même raison. La raison qu'a eue l'Ordonnance a été de conserver l'héritage à la famille, et d'assurer la volonté de l'auteur de la substitution, qui ne l'a faite que pour le conserver à la famille; mais cette raison cesse dans le contrat de louage, puisque l'héritage est conservé à la famille, quoique le substitué, comme héritier du locateur, soit tenu d'entretenir le bail à ferme qui en a été fait. On peut imputer à un acheteur de ce qu'il n'a pas consulté les registres des substitutions, pour s'informer si l'héritage n'en était pas grevé: mais il serait ridicule de vouloir qu'un laboureur, avant que de prendre à ferme une métairie, allât consulter les registres des insinuations.

97. Pour qu'il y ait lieu à cette exception de garantie, il faut que celui, à qui je l'oppose, soit héritier pur et simple de mon locateur ou bailleur: elle n'aurait pas lieu contre celui qui ne serait héritier que sous bénéfice d'inventaire: car l'effet du bénéfice d'inventaire étant que l'héritier ne soit pas tenu sur ses propres biens des obligations du défunt, l'obligation de garantie, que le défunt a contractée envers moi, ne peut l'empêcher d'exercer contre moi les droits qu'il a de son chef; sauf à moi, après qu'il les aura exercés, à le faire condamner, en sa qualité d'héritier bénéficiaire de mon bailleur, en mes dommages et intérêts.

98. Lorsque le propriétaire ou usufruitier n'est héritier de mon bailleur que pour partie, *putà*, que pour un quart, comme il n'est tenu, en ce cas, de cette obligation de garantie, de même que des autres dettes du défunt, que relativement à la part pour laquelle il est héritier, je ne puis lui opposer l'exception de garantie que pour cette part. C'est pourquoi, après que ce propriétaire ou usufruitier aura fait juger que la propriété, ou du moins l'usufruit lui appartient de son chef, sur la sommation qu'il me fera en conséquence de lui délaisser la jouissance de l'héritage, je ne pourrai lui opposer l'exception de garantie que pour la quatrième partie dont il est héritier; je ne pourrai par conséquent retenir que la quatrième partie de la jouissance de l'héritage, sauf à moi à agir, *actione ex conducto*, contre ses cohéritiers, pour l'éviction que je souffre du surplus.

Observez, néanmoins, qu'il doit être à mon choix de délaisser la jouissance du total, et de poursuivre en ce cas, *actione ex conducto*, celui qui m'a évincé, aussi bien que ses cohéritiers, aux fins de les faire condamner chacun pour leur quart en mes dommages et intérêts. Il ne serait pas reçu, pour éviter cette condamnation, à dire que, comme héritier, il n'est tenu que pour un quart de l'obligation de me faire jouir, et qu'il consent que je retienne la jouissance de l'héritage pour ce quart; car quoique cette obligation soit divisible *obligatione*, et que chacun des héritiers de mon bailleur n'en soit tenu que pour sa part, elle est indivisible *solutione*. C'est pourquoi, suivant les principes établis en notre Traité des obligations, *n.* 315 et 316, il ne peut acquitter cette obligation, même pour la part dont il est tenu, en m'offrant de me laisser la jouissance d'une part de cet héritage, si cette jouissance ne m'est laissée pour le surplus. La raison est que je n'ai pris l'héritage à ferme que pour jouir du total, et que je n'eusse pas voulu le prendre à ferme pour partie.

99. A l'égard de celui qui a un droit de servitude sur l'héritage qui m'a été donné à ferme, quoiqu'il ne soit devenu héritier que pour partie de mon bailleur, je puis, contre sa demande pour exercer son droit de servitude, lui opposer

l'exception de garantie pour le total, et le faire en conséquence déclarer pour le total non recevable en sa demande. La raison est que les droits de servitude étant quelque chose d'indivisible, l'obligation de garantie, que mon bailleur a contractée envers moi, est, quant au chef de me garantir des droits de servitude dont il ne m'a pas chargé, une obligation indivisible, à laquelle par conséquent chacun de ses héritiers succède pour le total. D'où il suit que je puis, par l'exception de garantie, exclure pour le total cet héritier de sa demande pour le droit de servitude qu'il a de son chef, sauf à lui à se faire faire raison, *judicio familiæ erciscundæ*, par ses cohéritiers, de ce qu'il a seul, à ses dépens, par la privation de son droit de servitude, acquitté ce chef de l'obligation du défunt, dont ils étaient tous tenus. C'est pourquoi il faudra estimer ce que vaut l'usage de son droit de servitude pendant le temps qu'il en sera privé; et chacun de ses cohéritiers doit lui faire raison, pour sa part héréditaire, de la somme à laquelle en aura été portée l'estimation.

100. Les successeurs à titre universel du bailleur, tel qu'un donataire ou légataire universel, un seigneur confiscataire, etc., étant tenus des dettes et obligations du défunt, on peut aussi leur opposer l'exception de garantie, de même qu'à un héritier; avec cette différence néanmoins, que l'héritier étant tenu indéfiniment des dettes du défunt, *etiam supra vires hereditatis*, il ne peut se défendre, en aucune manière que ce soit, de l'exception de garantie; au lieu qu'un légataire universel en autre semblable successeur, n'étant tenu des dettes du défunt que jusqu'à concurrence des biens auxquels il succède, il peut se défendre de l'exception de garantie qui lui est opposée par le fermier ou locataire, et user contre lui des droits qu'il a de son chef, en offrant de lui rendre compte des biens du défunt, et de lui abandonner ce qui en reste pour les dommages et intérêts résultans de l'obligation de garantie contractée par le défunt envers lui.

101. Le conducteur d'un héritage ne peut opposer l'exception de garantie au nouveau propriétaire qui l'a acquis à titre singulier du locateur, si le locateur ne l'a pas chargé de l'entretien du bail; car n'étant acquéreur qu'à titre singulier du locateur, il n'a pas succédé à l'obligation que le locateur a contractée envers le conducteur. C'est ce qui est décidé par la loi 9, *Cod. loc.*, qui dit : *Emptorem fundi, necesse non est stare colono*. Voyez *infrà*, *part.* 4, *ch.* 2.

102. L'exception de garantie ne peut être opposée qu'à ceux qui sont tenus personnellement de l'obligation de garantie : on ne peut l'opposer à celui qui serait seulement possesseur de quelque héritage hypothéqué à cette garantie; sauf au fermier ou locataire qui aura été obligé de lui quitter la jouissance de l'héritage ou de partie d'icelui, ou de souffrir l'exercice de son droit de servitude, à intenter contre lui l'action hypothécaire pour les dommages et intérêts qui lui sont dus. Voyez *notre Traité du contrat de vente*, *n*. 180.

103. L'exception de garantie ne peut pas être opposée à celui qui a simplement consenti au bail, ne s'étant pas, par ce consentement, rendu proprement garant du bail. Mais comme il s'est obligé par ce consentement à n'apporter de sa part aucun empêchement au bail; s'il donnait quelque action contre le fermier ou locataire, par laquelle il le troublerait dans sa jouissance, le fermier ou locataire pourrait le faire déclarer non recevable en sa demande, non par l'exception de garantie, mais par l'exception *pacti aut doli*.

Cette exception peut lui être opposée, quand même son action serait fondée sur un droit auquel il aurait depuis succédé à un tiers; car quoiqu'il n'eût pas été obligé de défendre de cette action le locataire ou fermier, si elle eût été intentée par ce tiers, il ne peut pas l'intenter lui-même, s'étant par son consentement obligé indéfiniment à n'apporter au locataire ou fermier aucun trouble de sa part, soit en vertu des droits qu'il avait lors du contrat, soit en vertu de ceux qu'il pourrait avoir par la suite.

Quid, si le tiers avait donné la demande de son vivant, l'héritier de ce tiers ayant consenti au bail, serait-il non recevable à reprendre l'instance? Je pense qu'il ne peut la reprendre que pour faire condamner le locataire ou fermier aux dépens, si la demande était bien fondée; mais qu'il n'est pas recevable à suivre la demande au principal.

104. A l'égard de l'héritier de celui qui a donné un simple consentement au bail, sa qualité d'héritier l'exclut bien d'exercer, en sa qualité d'héritier, les actions du défunt, que le défunt s'était interdit d'exercer par son consentement au bail; mais sa qualité d'héritier ne l'exclut pas des actions qu'il a de son chef pour évincer le locataire ou le fermier; car le défunt n'ayant pas contracté l'obligation d'en défendre le locataire ou fermier, son héritier ne succède à aucune obligation qui puisse l'en exclure.

105. Si, comme notaire, j'ai passé un bail par lequel le bailleur donnait à ferme un héritage que je savais m'appartenir, au moins pour la jouissance, et que depuis j'aie intenté action contre le fermier pour l'expulser, le fermier est bien fondé à m'y prétendre non recevable, par l'exception de dol, ma réticence étant un dol qui l'a induit en erreur. Il en serait autrement, si

je faisais voir que la connaissance de mon droit ne m'était survenue que depuis, et à plus forte raison si je n'avais acquis de droit que depuis.

SECTION III.

DE L'OBLIGATION D'ENTRETENIR LA CHOSE LOUÉE, DE MANIÈRE QUE LE CONDUCTEUR PUISSE EN JOUIR.

106. L'obligation, que le locateur contracte par le contrat de louage envers le conducteur, de le faire jouir de la chose qui lui est louée, *præstare frui licere*, renferme celle d'entretenir la chose de manière qu'il en puisse jouir.

Par exemple, le locateur d'une maison est censé s'obliger par le bail qu'il fait de cette maison, à l'entretien, pendant tout le temps du bail, de toutes les réparations nécessaires pour que tous les cénacles dont elle est composée soient exploitables convenablement à la qualité de la maison, soit que ces réparations aient été à faire dès le temps du contrat, soit qu'elles conviennent durant le cours du bail.

Il doit surtout tenir son locataire clos et couvert; et par conséquent faire aux couvertures les réparations nécessaires pour empêcher qu'il ne pleuve dans les bâtimens; celles nécessaires aux portes et aux fenêtres, pour que la maison et les différens cénacles qui la composent soient clos, et que le locataire et ses effets y puissent être en sûreté.

Pareillement, le locateur d'une métairie doit faire aux bâtimens de la métairie toutes les réparations nécessaires pour tenir le fermier clos et couvert, et pour que ses bestiaux et ses grains soient en sûreté.

Cette obligation se contracte dans le louage des choses mobilières, de même que dans le bail des maisons et métairies. Par exemple, si j'ai donné à loyer pendant le temps d'un certain nombre d'années, à un ouvrier, un métier pour faire des bas, je suis obligé de l'en retenir pendant tout le temps du bail en tel état que l'ouvrier puisse s'en servir, et je dois y faire les réparations nécessaires, tant celles qui y étaient à faire lors du contrat, que celles survenues depuis, pourvu néanmoins que ce ne soit pas la faute de l'ouvrier qui y ait donné lieu.

107. Il y a, néanmoins, certaines légères réparations d'entretien de la chose louée, auxquelles l'usage a assujetti les locataires. Par exemple, il est d'usage que les locataires des maisons soient chargés de certaines réparations qu'on appelle *locatives*, comme nous le verrons au chapitre suivant; et le fondement de cet usage est, que c'est ordinairement la faute des locataires et des personnes de leur famille qui y donne lieu.

Pareillement, lorsqu'un loueur de chevaux a loué un cheval à quelqu'un pour un certain temps, et l'a laissé à la garde du locataire, c'est le locataire qui doit l'entretenir de fers. Il en est autrement lorsqu'un loueur de chaises et de chevaux me loue une chaise et des chevaux, avec lesquels il me fait conduire, dans mon voyage, par ses préposés; c'est, en ce cas, à celui qui m'a loué les chevaux, qui sont à la garde de ses préposés, à les entretenir de fers.

108. De cette obligation du locateur naît une action que le locataire a contre lui pour le faire condamner à les faire : cette action est une branche de l'action *ex conducto*. Lorsque le locateur, assigné sur cette action, ne convient pas des réparations demandées par le locataire, le juge ordonne la visite pour les constater : lorsqu'elles ont été constatées, le locateur doit être condamné à les faire faire dans un certain temps que le juge doit lui impartir; et par la même sentence, le juge doit ordonner que, faute par le locateur d'y satisfaire dans le temps qui lui est imparti, le locataire sera autorisé à les faire faire, et qu'il retiendra ce coût sur les loyers par lui dus; ou, s'il n'en doit pas, qu'il en sera remboursé par le locateur.

Si le retard apporté par le locateur à faire les réparations, depuis qu'il a été mis en demeure, a causé au locataire quelque dommage, le locataire peut aussi, par cette action, obtenir contre le locateur la condamnation de ses dommages et intérêts.

Le locataire peut aussi quelquefois demander par cette action la résolution du bail; ce qui doit lui être accordé selon les circonstances, comme lorsque ces réparations sont très considérables et empêchent l'exploitation, que le locateur ne se prépare pas à les faire, et que le locataire n'est pas en état de les avancer.

SECTION IV.

DE L'OBLIGATION DE GARANTIR LE CONDUCTEUR DES VICES DE LA CHOSE LOUÉE, QUI EN EMPÊCHERAIENT LA JOUISSANCE OU L'USAGE.

109. Cette obligation est encore renfermée dans l'obligation que le locateur contracte par le contrat de louage, de faire jouir le conducteur de la chose qui lui est louée; car lorsque nous disons que le locateur s'oblige à la garantie de ces vices, cela ne doit pas s'entendre en ce sens que le locateur s'engage à empêcher que la chose louée n'ait ces vices, ce qui est impossible, si elle les a effectivement; *l.* 31, ff. *de evict.* Mais cela doit s'entendre en ce sens, que le locateur s'oblige, au cas que la chose ait ces vices, ou aux dommages et intérêts que le conducteur en souffre, ou du moins à le décharger

du loyer, selon les différens cas, comme nous verrons *infrà*, § 2.

Pour traiter ce qui concerne cette garantie, nous examinerons, 1° quels sont les vices que le locateur est obligé de garantir; 2° nous traiterons de l'action qui naît de cette garantie.

§ I. QUELS SONT LES VICES QUE LE LOCATEUR EST OBLIGÉ DE GARANTIR.

110. Les vices de la chose louée, que le locateur est obligé de garantir, sont ceux qui en empêchent entièrement l'usage : il n'est pas obligé de garantir ceux qui en rendent seulement l'usage moins commode.

Par exemple, si, dans la prairie que vous m'avez louée pour y faire paître mes bœufs ou mes moutons, il y croît de mauvaises herbes qui empoisonnent et font mourir les bestiaux qui y paissent, ce vice est un vice qui empêche entièrement l'usage de cette prairie, et que vous êtes par conséquent obligé de me garantir.

Pareillement, si vous m'avez loué des vaisseaux pour y mettre du vin à la vendange, et que ces vaisseaux soient faits d'un bois poreux qui ne puisse contenir le vin qu'on y met, c'est un vice qui en empêche entièrement l'usage, et que vous êtes tenu par conséquent de me garantir. Si vous m'avez loué un cheval pour faire un voyage, et qu'il ait quelque vice qui le rende hors d'état de le faire, c'est un vice que vous devez garantir.

Mais s'il a quelque vice léger, comme s'il est peureux, s'il est un peu rétif, s'il n'a pas les jambes bien sûres, et qu'il bute quelquefois, ces vices étant des vices qui en rendent seulement l'usage moins commode, mais qui n'empêchent pas qu'on ne puisse absolument s'en servir, puisqu'on fait tous les jours de longs voyages sur des chevaux peureux, rétifs et sujets à buter, vous n'êtes pas obligé à me garantir ce vice.

111. Le locateur est garant des vices dont il n'avait pas de connaissance, aussi bien que de ceux qu'il connaissait lorsqu'ils empêchent la jouissance ou l'usage de la chose.

112. Le locateur est obligé de garantir les vices qui empêchent l'usage de la chose, non seulement lorsqu'ils existaient dès le temps du contrat de louage, mais même lorsqu'ils ne sont survenus que depuis : en cela, le locateur diffère d'un vendeur; car, dans le contrat de vente, le vendeur n'est garant que des vices qui existaient au temps du contrat, comme nous l'avons vu dans notre *Traité du contrat de vente*, n. 211. La raison de différence est, qu'aussitôt que le contrat de vente est parfait par le consentement des parties, la chose vendue cesse d'être aux risques du vendeur, elle devient aux risques de l'acheteur; au lieu que, dans le contrat de louage, la chose louée est toujours aux risques du locateur. La raison ultérieure de différence est, que dans le contrat de vente, c'est la chose même qui est vendue qui est l'objet et le sujet du contrat. Il suffit que cette chose ait existé, quoiqu'elle ait péri depuis, pour que le contrat de vente ait eu un sujet, et pour que l'obligation, que l'acheteur a contractée d'en payer le prix, subsiste. Au contraire, dans le contrat de louage, ce n'est pas proprement la chose louée, c'est plutôt la jouissance de cette chose continuée pendant tout le temps que doit durer le bail, qui fait l'objet et le sujet du contrat de louage. C'est pourquoi, lorsque le conducteur cesse de pouvoir avoir cette jouissance, le sujet du contrat de louage manque, et le conducteur ne peut être obligé à payer le prix d'une jouissance qu'il n'a pas.

113. Il peut y avoir des vices survenus depuis le bail, dont le locateur soit garant, quoiqu'il ne l'eût pas été s'ils eussent existé dès le temps du contrat.

Par exemple, si j'ai donné à loyer une maison à un ouvrier qui a besoin d'un très grand jour pour exercer son art, et que, depuis le bail, le propriétaire de la maison qui est vis-à-vis, l'ait tellement exhaussée qu'il ait ôté tout le jour de ma maison, je suis garant de ce défaut de jour survenu depuis le bail, et le locataire est en droit de me demander la décharge du bail, puisque cette obscurité l'empêche de jouir de cette maison, qu'il n'a prise que pour y exercer son art. Mais si ce vice eût existé dès le temps du contrat, je n'en serais pas garant; car le locataire l'aurait connu ou dû connaître.

114. Le locateur n'est pas garant des vices qu'il a exceptés de la garantie par une clause expresse du contrat. Par exemple, quoique le vice d'aveuglement qui survient à un cheval soit un vice dont le locateur doive être garant, lorsque le cheval a été loué à une personne qui le louait pour le monter, puisque ce vice empêche qu'il ne puisse s'en servir pour l'usage pour lequel il l'avait loué, néanmoins, si, par une clause expresse du marché, il a été dit que le locateur n'entendait pas être garant de l'aveuglement qui pourrait survenir au cheval, il n'en sera pas garant, et le locataire ne pourra demander la résolution du marché; sauf à lui à employer le cheval, pendant le temps du louage, aux usages auxquels un cheval aveugle peut servir.

Cette décision a lieu, pourvu que la clause d'exception ait été mise de bonne foi : car si le cheval était aveugle, ou avait une tendance prochaine à l'aveuglement, que le locateur a dissimulée au locataire qui ne s'y connaissait pas : en ce cas, le locateur sera tenu de souffrir

la résolution du marché, à cause de son dol, nonobstant la clause du marché; *Arg. l.* 14, § 9, ff. *de Ædil. ed.*

115. Le locateur est garant non seulement des vices qui se trouvent dans la chose qui a été louée *principaliter*, mais même de ceux qui se trouveraient dans les choses accessoires, lorsqu'ils empêchent la jouissance de la chose louée.

§ II. DE L'ACTION QUI NAÎT DE LA GARANTIE DES VICES DE LA CHOSE LOUÉE.

116. Cette action est une branche de l'action personnelle *ex conducto*, que le conducteur a contre le locateur; elle a pour objet principal la résolution du contrat de louage, et la décharge des loyers ou fermes de la chose dont le vice empêche le locataire ou fermier de pouvoir en faire l'usage qu'il avait en vue, lorsqu'il l'a prise à loyer ou à ferme.

Le locataire, pour obtenir à cette fin, doit offrir au locateur de lui rendre la chose. C'est pourquoi cette action est une espèce d'action *rédhibitoire*, et est analogue à l'action *rédhibitoire*, qu'a un acheteur contre son vendeur pour les vices rédhibitoires de la chose vendue, dont nous avons traité en notre Traité du contrat de vente.

117. Quelquefois cette action a un second chef, qui est aux fins que le locateur soit condamné aux dommages et intérêts que le conducteur a soufferts de la chose louée.

Il n'y a pas lieu à ces dommages et intérêts pour les vices qui ne sont survenus que depuis le contrat.

118. A l'égard de ceux qui existaient dès le temps du contrat, il y a des distinctions à faire.

Lorsque le locateur avait la connaissance du vice, c'est une mauvaise foi et un dol de sa part de l'avoir dissimulé au conducteur; et ce dol l'oblige aux dommages et intérêts du conducteur.

Quoique le locateur n'eût pas une connaissance positive du vice de la chose, s'il avait un juste sujet de le soupçonner, et qu'il l'ait dissimulé au conducteur, il doit être encore, en ce cas, tenu des dommages et intérêts du conducteur. Par exemple, si vous m'avez loué pour un certain temps une couple de bœufs que vous aviez achetés dans un lieu où régnait une contagion sur les bêtes à cornes; quoiqu'au temps du contrat de louage intervenu entre nous, vous n'eussiez pas encore une connaissance positive qu'ils étaient infectés de la contagion, qui ne s'était pas encore déclarée, néanmoins si vous m'avez dissimulé qu'ils venaient du lieu où régnait la contagion, ce qui formait un juste sujet de les soupçonner infectés de ce vice, vous devez être tenu de toute la perte que j'ai soufferte par la contagion qu'ils ont communiquée à mes autres bestiaux.

119. Lorsque le locateur devait par sa profession être informé du vice de la chose qu'il a louée, il est tenu des dommages et intérêts du conducteur, sans qu'il soit besoin de rechercher si effectivement il en a en connaissance ou non. Par exemple, si j'ai loué d'un tonnelier des vaisseaux pour mettre mon vin à la vendange, et que ces vaisseaux fussent faits d'un bois mauvais, ce tonnelier est tenu de me dédommager de toute la perte que le vice de ces vaisseaux m'a causée; et il ne serait pas écouté à dire qu'il n'en connaissait pas le vice; car sa profession l'obligeait à connaître la qualité du bois qu'il employait, et à n'en employer que d'une bonne qualité: ou si ce n'était pas un tonnelier, mais un marchand, sa profession de marchand l'obligeait de se connaître aux marchandises dont il faisait commerce; c'est une faute que de se mêler de ce qu'on n'entend pas: *Imperitia culpæ annumeratur.* C'est ce que décide la loi 19, § 1, ff. *locat. Si quis dolia vitiosa ignorans locaverit, deindè vinum effluxerit, tenebitur in id quod interest, nec ignorantia ejus erit excusata.*

120. Hors ces cas, le locateur, qui n'a pas connu ni dû connaître le vice de la chose qu'il a louée, n'est pas tenu de dédommager le conducteur de la perte qu'il a soufferte de ce vice, et il n'est tenu à autre chose qu'à reprendre la chose qu'il lui a louée, et à le décharger du loyer.

Par exemple, si quelqu'un m'a loué des pâturages où étaient crûes de mauvaises herbes qui n'avaient pas coutume d'y croître, lesquelles ont fait mourir mes bestiaux; le locateur, qui n'en avait pas de connaissance, ne sera pas tenu de me dédommager de la perte que j'ai faite de mes bestiaux, mais seulement de me décharger de la ferme. C'est ce que décide la loi 19, § 1, ci-dessus citée: *Aliter atque si saltum pascuum locasti in quo herba mala nascebatur; hic enim si pecora vel demortua sunt vel deteriora facta, quod interest præstabitur, si scisti; si ignorasti, pensionem non petes.* Cette décision a d'autant plus d'autorité, qu'elle réunit en sa faveur le suffrage des deux écoles; *et ità Servio Labeoni Sabino placuit*, *dict. l.* 19.

CHAPITRE II.

Des engagemens qu'impose au locateur la bonne foi qui doit régner dans ce contrat.

121. La bonne foi, qui doit régner dans ce contrat, impose au locateur l'obligation, 1° de ne rien dissimuler de la connaissance qu'il a de ce qui concerne la chose louée; 2° de ne la pas louer au-dessus du juste prix; 3° d'indemniser le conducteur des impenses qu'il a faites à la chose, et qui étaient à la charge du locateur. Nous traiterons séparément de ces trois chefs d'obligations.

§ I. DE L'OBLIGATION DE NE RIEN DISSIMULER.

122. De même que, dans le contrat de vente, la bonne foi qui doit y régner oblige le vendeur, au moins dans le for de la conscience, non seulement à n'en pas imposer à l'acheteur sur les qualités de la chose vendue, mais encore à ne lui rien dissimuler des défauts de cette chose dont il a connaissance; défauts qui auraient pu empêcher l'acheteur, s'il les eût connus, d'acheter la chose, ou de l'acheter aussi cher, comme nous l'avons établi en notre Traité du contrat de vente, *part.* 2, *chap.* 2, *art.* 1; de même, et par les mêmes raisons que nous y avons exposées, lesquelles reçoivent une entière application au contrat de louage, la bonne foi oblige pareillement le locateur, dans le for de la conscience, à ne rien dissimuler au conducteur des défauts de la chose louée, dont il a connaissance, qui auraient empêché le conducteur, s'il les eût connus, de prendre à loyer la chose, ou du moins de la prendre pour un prix aussi cher.

Par exemple, si les cheminées des chambres de la maison que vous me louez font, lorsqu'on y allume du feu en hiver, une fumée qui rend les chambres inhabitables, vous devez, dans le for de la conscience, m'avertir de ce défaut.

Le locateur doit surtout avertir le conducteur des défauts de la chose qui peuvent lui en rendre l'usage nuisible. Par exemple, si un cheval est peureux et ombrageux, celui, qui le loue, doit avertir de ces défauts le conducteur, ce défaut étant de nature à rendre l'usage de ce cheval très dangereux et très nuisible au conducteur, qui risque, en le montant, d'être renversé, et d'être blessé ou tué.

123. La bonne foi oblige le locateur à faire part au conducteur de la connaissance qu'il a, non seulement des défauts intrinsèques de la chose, mais généralement de tout ce qui concerne cette chose, qui pourrait empêcher le conducteur de la prendre à loyer, ou de la prendre pour un prix aussi cher.

Par exemple, si, lors du bail que je vous fais d'une auberge sur une grande route, qui est la seule auberge de ce lieu, j'ai connaissance qu'un particulier doit y en établir une autre, je ne dois pas vous le dissimuler, l'établissement de cette seconde auberge étant une chose qui diminue le prix de la mienne, et que vous avez intérêt de savoir. Il est vrai qu'en prenant à loyer mon auberge, vous n'ignorez pas qu'on en peut établir une autre; mais autre chose est de savoir qu'on va effectivement l'établir. Cette seconde espèce de connaissance diminue beaucoup plus que la première la valeur du loyer de mon auberge, et vous avez par conséquent intérêt qu'elle ne vous soit pas dissimulée.

124. La contravention à l'obligation de ne rien dissimuler de ce qui concerne la chose louée, que la bonne foi impose au locateur, lorsque le conducteur a intérêt de le savoir, oblige le locateur, au moins dans le for de la conscience, à faire raison au conducteur de ce que la chose aurait été louée de moins, si le conducteur eût eu connaissance du vice qui lui a été caché.

Elle peut même obliger le locateur, au moins dans le for de la conscience, à reprendre la chose, et à décharger le conducteur du bail qui lui en a été fait, lorsqu'il en est requis par le conducteur, et que le défaut, qu'il lui a dissimulé, est tel que si le conducteur en eût eu connaissance, il n'eût point voulu, à quelque prix que ce fût, la prendre à loyer.

§ II. DE L'OBLIGATION DE NE PAS LOUER AU-DELA DU JUSTE PRIX.

125. De même que, dans le contrat de vente, la bonne foi ne permet pas au vendeur de vendre sa chose au-delà de son juste prix, de même, dans le contrat de louage, elle ne permet pas au locateur de louer une chose au-delà du juste prix du loyer de cette chose; car dans l'un et dans l'autre contrat, de même que dans tous les

contrats commutatifs, chacune des parties entend recevoir l'équivalent de ce qu'elle donne.

126. Le juste prix du loyer d'une chose est celui pour lequel les choses de cette espèce ont coutume de se louer dans le lieu où elles sont au temps du contrat. Ce juste prix ne consiste pas toujours dans une somme précise et déterminée; il a souvent une certaine étendue. Par exemple, si les chambres garnies au premier étage, dans un certain quartier, ont coutume de se louer depuis quinze livres jusqu'à vingt livres par mois, le juste prix du loyer de ces chambres sera depuis quinze livres jusqu'à vingt livres: les parties peuvent licitement se débattre du prix, pourvu qu'elles ne sortent pas de cette sphère.

Mais le locateur ne pourra, dans le for de la conscience, les louer plus de vingt livres (somme qui est l'*apex justi pretii*) à un nouveau débarqué qui n'a pas de connaissance du prix de leur loyer.

127. Cette obligation de ne pas louer les choses au-delà du juste prix de leur loyer, n'a lieu que dans le for de la conscience. Dans le for extérieur, le conducteur n'est pas écouté à se plaindre de l'excès du prix du loyer, quand même la lésion serait énorme, et qu'il s'agirait du loyer de biens immeubles, pourvu que le locataire n'ait employé aucun dol pour surprendre le conducteur.

Néanmoins, si le prix du loyer de certaines choses était réglé par quelque loi de police, comme celui du loyer des chevaux de poste, il ne serait pas permis, même dans le for extérieur, au locateur, de l'excéder; et s'il l'avait excédé, le conducteur serait bien fondé à poursuivre dans les tribunaux la répétition de ce qu'il aurait exigé au-delà.

128. Il est quelquefois permis au locateur, même dans le for de la conscience, de stipuler quelque chose au-delà du juste prix du loyer, savoir, le prix de l'affection. Par exemple, vous me sollicitez de vous louer une chose dont je jouissais par moi-même, et que je n'avais pas dessein de louer; je veux bien vous sacrifier l'affection que j'ai pour la jouissance de cette chose, et vous la louer; je ne suis pas obligé de vous faire ce sacrifice gratuitement, et je puis mettre un prix à mon affection.

Les règles, que nous avons établies dans notre Traité du contrat de vente, *n.* 243, 244, 245, et 246, sur le prix d'affection, et sur les conditions requises pour qu'il soit licite dans le contrat de vente, reçoivent application à l'égard du contrat de louage.

§ III. DU REMBOURSEMENT DES IMPENSES.

129. La bonne foi oblige le locateur de rembourser au conducteur toutes les impenses nécessaires et extraordinaires qu'il a faites à l'égard de la chose louée. Par exemple, si j'ai pris à loyer un cheval pour un voyage, et que, dans le cours de ce voyage, il soit survenu, sans ma faute, une maladie à ce cheval, le locateur est obligé de me rembourser tous les frais de pansemens et médicamens que j'ai faits de bonne foi, soit que le cheval soit guéri, ou qu'il soit mort de cette maladie; car j'ai fait une dépense qu'il aurait faite lui-même. Il doit pareillement me faire raison des nourritures pendant le temps que je n'ai pu me servir du cheval; car, pendant ce temps, non seulement je n'en dois pas le loyer, parce que je n'ai pu m'en servir, mais le cheval ne doit pas être à mes frais.

A l'égard des frais de nourriture et de l'entretien des fers pendant le temps que le conducteur se sert ou peut se servir du cheval, ils sont à la charge du conducteur.

Observez qu'en ce cas le conducteur doit donner avis par lettre au locateur, le plus promptement qu'il est possible, de la maladie du cheval. Néanmoins, quoiqu'il eût manqué à le faire, il ne sera pas pour cela toujours exclu de son action; et il doit suffire que la maladie soit bien certaine, qu'il soit bien constant que la maladie est arrivée sans sa faute, et que l'impense par lui faite ait été indispensable.

130. Pareillement, à l'égard des maisons, quoiqu'un locataire ne soit pas facilement écouté à demander le remboursement des réparations qu'il a faites sans en avertir le locateur, lorsqu'il le pouvait; néanmoins s'il est bien constant que ces réparations étaient indispensables, le locateur doit être condamné à rembourser au locataire ce qu'il en a coûté, n'étant pas juste qu'il profite aux dépens du locataire : *Neminem æquum est cum alterius damno locupletari.*

131. A l'égard des impenses seulement utiles qu'un locataire aurait faites, il ne peut pas s'en faire rembourser par le locateur qui n'a point donné ordre de les faire; mais il doit au moins être permis à ce locataire d'enlever à la fin du bail tout ce qu'il pourra enlever, en rétablissant les choses, à ses dépens, dans l'état où elles étaient, en sorte que la maison n'en reçoive aucun dommage; *l.* 19, § 4, ff. *locat.*

CHAPITRE III.

Des engagemens du locateur, qui résultent des clauses portées au contrat.

132. Le locateur est obligé à tout ce qu'il a promis par les clauses particulières du contrat. Par exemple, si le locateur d'une métairie en a déclaré la contenance par le contrat, il s'est, par cette déclaration, obligé à fournir cette contenance; et s'il en manque, il doit faire au fermier une diminution sur la ferme, pour raison de ce qu'il en manque.

Tout ce que nous avons dit pour la contenance, au Traité du contrat de vente, *part.* 2, *chap.* 3, *art.* 1, reçoit application au contrat de louage.

Pareillement, s'il a assuré que la chose louée avait quelque qualité qu'elle se trouve ne pas avoir, ou qu'il ait assuré qu'elle était exempte de certains défauts qu'elle se trouve avoir, quand même il l'aurait assuré de bonne foi, il est tenu des dommages et intérêts du conducteur : il peut même quelquefois y avoir lieu, pour cette raison, à la résiliation du bail, si le défaut est tel qu'il eût empêché le conducteur de prendre la chose s'il l'eût connu.

Enfin, si le locateur s'est obligé à faire quelque chose, comme à faire quelques ouvrages ou quelque embellissement à la maison qu'il a louée, il est obligé de remplir son engagement.

TROISIÈME PARTIE.

Des engagemens du conducteur.

Les engagemens du conducteur, dans le contrat de louage, naissent aussi ou de la nature du contrat, ou de la bonne foi qui doit y régner, ou des clauses particulières qui y ont été apposées.

CHAPITRE PREMIER.

Des engagemens du conducteur qui naissent de la nature du contrat.

133. Il paraît, par la définition que nous avons donnée du contrat de louage, au commencement de ce Traité, que le principal engagement du conducteur, qui naît de la nature du contrat, est l'obligation de payer au locateur le prix convenu pour l'usage de la chose. Ce prix s'appelle communément *loyer*; on lui donne aussi les noms de *fermes*, *fermages*, *moisons*, *etc.*, lorsque la chose louée est un héritage de campagne.

Nous verrons, dans un premier article, quand et où doivent se payer les loyers ou fermes, et s'il en est dû des intérêts. Nous verrons, dans un second article, en quels cas le conducteur en doit avoir remise, soit pour le tout, soit pour partie. Nous traiterons, dans un troisième, des fins de non recevoir contre la demande en paiement des fermes ou loyers.

Il y a encore d'autres obligations du conducteur qui naissent de la nature du contrat de louage, dont nous traiterons dans un quatrième article.

ARTICLE PREMIER.

Quand et où le loyer doit-il être payé, et s'il en est dû des intérêts.

§ I. QUAND LE LOYER DOIT-IL ÊTRE PAYÉ?

134. On convient quelquefois d'une seule somme pour tout le temps du louage; et, en ce cas, cette somme doit être payée à l'expiration de ce temps.

Comme si j'ai pris à loyer un cheval pour me servir pendant le temps de la moisson, pour une somme de 40 livres, cette somme doit être payée en une fois, aussitôt que la moisson sera finie.

Quelquefois le loyer est distribué en plusieurs sommes, ou par chaque année, ou par chaque demi-année, ou par chaque quartier, ou par chaque mois, ou par chaque semaine, ou par chaque jour; en ces cas, chacune de ces sommes doit être payée aussitôt après l'expiration de chaque année, de chaque demi-année, etc.

135. Lorsqu'une métairie est louée pour une certaine somme de ferme par chaque année, la ferme étant le prix de la récolte, elle est proprement due aussitôt que la récolte est faite. Néanmoins elle n'est pas aussitôt exigible; il faut donner le temps au fermier de battre ses grains, et de faire de l'argent. Si le jour, auquel le fermier doit payer la ferme, est exprimé par le bail, nulle difficulté en ce cas; elle est exigible aussitôt que le jour exprimé est révolu. Si l'on n'a exprimé aucun terme pour le paiement, ce sera au terme auquel il est d'usage dans le pays de payer les fermes; car quand on ne s'est pas expliqué, on est censé s'être conformé à l'usage du pays: *In contractibus veniunt ea quæ sunt moris et consuetudinis.*

L'usage dans notre province de l'Orléanais, lorsqu'il n'y a pas de terme désigné, est que les fermes des métairies se paient par année, à la Toussaint, et les loyers de maison par terme de six mois chacun, à Noël et à la Saint-Jean-Baptiste. Dans plusieurs provinces, les loyers des maisons se paient en quatre termes, de trois mois chacun. Plusieurs Coutumes en ont des dispositions; Melun, *art.* 180; Sens, *art.* 257; Dourdan, *art.* 143; Valois, *art.* 180, et autres.

§ II. OU LE LOYER DOIT-IL ÊTRE PAYÉ?

136. Lorsque le lieu du paiement est exprimé, c'est en ce lieu qu'il doit être fait.

Lorsque les parties ne s'en sont pas expliquées, suivant les principes généraux établis en notre Traité des obligations, *n.* 549, le paiement des loyers et des fermes doit se faire au domicile du conducteur qui en est le débiteur: néanmoins lorsque le locateur d'une métairie demeure dans un lieu qui n'en est pas bien éloigné, et où le fermier va souvent pour ses affaires, et que la ferme consiste en une somme d'argent, le fermier doit à son maître cette déférence de lui aller payer ses fermes en sa maison.

Mais si la ferme est en grains ou autres espèces, le fermier, lorsque les parties ne s'en sont pas expliquées, n'est pas obligé de les voiturer.

137. Quoiqu'il ait été stipulé par le bail que les moisons seraient livrées au locateur en sa maison; si le locateur, depuis le contrat, va établir sa demeure dans un lieu plus éloigné du fermier, le fermier n'est point obligé de lui voiturer les moisons en sa nouvelle demeure; car la condition du fermier, qui n'a compté s'obliger qu'à voiturer les moisons au lieu où demeurait pour lors le locateur, ne doit pas devenir plus dure par cette translation de domicile du locateur, qui n'a pas été prévue; c'est le cas de cette règle de droit: *Nemo alieno facto prægravari debet.*

Le locateur doit donc, en ce cas, indiquer à son fermier, dans le lieu de son ancienne demeure, une personne à qui il livrera ses moisons.

Si le lieu de la nouvelle demeure du locateur n'était éloigné que de quelques lieues de plus, il serait assez équitable d'obliger le fermier à y voiturer les moisons; et en ce cas, le locateur lui tiendrait compte du prix de la voiture pour ce qu'il y a de plus de chemin à faire.

Si la différence du nouveau domicile du locateur d'avec celui qu'il avait au temps du bail, était peu considérable, elle ne devrait pas entrer en considération; par exemple, comme lorsque le locateur reste dans la même ville, et change seulement de quartier.

§ III. DES INTÉRÊTS DU LOYER.

138. Le conducteur, qui est en demeure de payer ses fermes, quand elles consistent en argent, doit l'intérêt de la somme, du jour de la demande judiciaire qui lui en est faite; car il doit cette somme *principaliter*, et non comme un accessoire d'aucune autre dette, et par conséquent la dette de cette somme, à son égard, est la dette d'un sort principal, qui, comme toute autre dette, peut produire intérêt du jour de la demande. Notre décision est autorisée par un acte de notoriété du châtelet de Paris, du 18 avril 1705.

ARTICLE II.

En quels cas le conducteur doit-il avoir remise des loyers pour le tout, ou pour partie?

Nous établirons, à cet égard, quelques prin-

cipes généraux, dont nous ferons ensuite l'application aux baux des maisons, aux baux des héritages de campagne, et aux baux des services des ouvriers et serviteurs; nous traiterons, en dernier lieu, de la clause par laquelle le conducteur se charge des cas fortuits.

§ I. PRINCIPES GÉNÉRAUX.

PREMIER PRINCIPE.

Le conducteur, locataire ou fermier, doit avoir la remise du loyer pour le tout, lorsque le locateur n'a pu lui procurer la jouissance ou l'usage de la chose louée.

139. La raison de ce principe est que, comme nous l'avons observé *suprà, n.* 4, le contrat de louage s'analyse en une espèce de contrat de vente des fruits futurs, ou de l'usage futur de la chose louée, dont le loyer est le prix. Or, de même que la vente des fruits futurs n'est valable, et que le prix n'en est dû qu'autant que ces fruits naîtront, et feront, par leur existence, la matière du contrat : *Traité du contrat de vente*, *n.* 5; on doit pareillement décider qu'il ne peut être dû de loyer, lorsque le conducteur n'a pu avoir aucune jouissance ni usage dont ce loyer soit le prix.

SECOND PRINCIPE.

Le conducteur, locataire ou fermier, que le locateur n'a pu faire jouir pendant une partie du temps du bail, doit avoir la remise du loyer pour le temps pendant lequel il n'a pu jouir.

140. La raison est, que chaque partie du loyer est le prix de la jouissance de chaque partie du temps que doit durer le bail : il ne peut donc être dû de loyer pour la partie du temps que le conducteur n'a pas eu ni pu avoir cette jouissance.

TROISIÈME PRINCIPE.

Le conducteur, locataire ou fermier, que le locateur n'a pu faire jouir de quelque partie de la chose qui lui a été louée, doit avoir la remise du loyer pour cette partie, pendant le temps qu'il n'en a pu avoir la jouissance.

141. Ce principe, qui est une suite des précédens, peut néanmoins souffrir quelque limitation, comme nous le verrons dans les paragraphes suivans, où nous en ferons l'application.

QUATRIÈME PRINCIPE.

Le conducteur, locataire ou fermier, ne peut demander remise du loyer, lorsque l'empêchement est venu de sa part.

142. Il suffit, en ce cas, qu'il y ait une jouissance possible ou usage possible de la chose, qu'il n'a tenu qu'au conducteur d'avoir ou par lui ou par d'autres, pour que le loyer en soit dû.

CINQUIÈME PRINCIPE.

Le loyer n'est dû que pour la jouissance que le conducteur a eue en vertu du bail.

143. Suivant ce principe, si le conducteur, pendant le cours du bail, a acquis la pleine propriété, ou du moins l'usufruit de la chose qui lui a été louée, il doit être déchargé du loyer pour le temps qui restera à courir du bail, depuis qu'il a acquis la propriété ou l'usufruit de cette chose; *l.* 34, § 1, ff. *de usufr.*; *l.* 9, § *fin.*, ff. *loc.*; car il ne jouit plus en vertu du bail, mais de son chef.

SIXIÈME PRINCIPE.

Lorsque le conducteur n'a pas été privé absolument de la jouissance de la chose, mais que, par un accident imprévu, sa jouissance a souffert une altération et une diminution très considérable, il peut demander une diminution proportionnée dans le loyer, depuis le temps que sa jouissance a souffert cette diminution.

144. Nous verrons l'application de ce principe dans les paragraphes suivans.

§ II. APPLICATION DES PRINCIPES AUX BAUX A LOYER DES MAISONS.

145. Suivant les principes exposés au paragraphe précédent, lorsque le locateur d'une maison, au jour auquel le locataire en doit entrer en jouissance, est en demeure de lui en remettre les clefs, le locataire, tant qu'il n'entre point en jouissance, ne doit pas les loyers.

146. Quand même le locateur offrirait la remise des clefs, si la maison se trouve inexploitable, par le mauvais état auquel elle se trouve, quoique ce soit sans la faute du locateur, *putà*, par un ouragan arrivé peu de jours avant celui auquel le locataire devait entrer en jouissance, le locataire peut refuser de recevoir les clefs; et s'il est constaté que la maison n'est pas exploitable, le locataire n'en devra pas le loyer, jusqu'à ce que la maison ait été rendue exploitable, et qu'on ait fait depuis de nouvelles offres au locataire de lui en remettre les clefs.

147. Le locataire peut même demander à être déchargé du bail en entier, afin de pouvoir se pourvoir ailleurs d'une autre maison, parce qu'il n'est pas obligé de rester sans maison, en attendant que les réparations soient faites.

On permet néanmoins au locateur, surtout lorsqu'il n'est pas en faute, d'offrir, en ce cas, au locataire de le loger dans une autre maison, en attendant que les réparations soient faites;

arg. l. 60, ff. *locat.* Ces offres doivent empêcher la résolution du bail, et le loyer doit courir du jour des offres faites par le locateur de remettre au locataire les clefs de la maison où on le veut loger en attendant.

Observez qu'il est équitable que le locateur indemnise, en ce cas, le locataire des frais du second délogement.

148. Quelle que soit la cause qui empêche le locateur de pouvoir faire entrer le locataire en jouissance de la maison, le locataire, tant qu'il n'entre pas en jouissance, n'en doit pas les loyers; *putà*, si au temps que le locataire doit entrer dans la maison, la ville où est la maison se trouve assiégée par les ennemis, ou infestée de la peste, le locataire, qui se trouve hors de la ville, et qui par conséquent ne peut entrer en jouissance de la maison dont l'accès lui est fermé par la guerre ou par la peste, n'en doit pas les loyers.

149. Suivant les mêmes principes, lorsque le locataire, après être entré en jouissance de la maison, est, par quelque force majeure, contraint d'en déloger, il cesse d'en devoir les loyers depuis le jour qu'il a été contraint de déloger.

Par exemple, si un locataire a été obligé de déloger avant la fin de son bail de la maison à lui louée, parce que la maison menaçait ruine, le loyer cessera de courir, et il n'en devra plus depuis le jour de son délogement.

Pour que cette décision ait lieu, Alsenus, en la loi 27, § 1. ff. *locat.*, demande le concours de deux choses : 1° que le locataire ait eu un juste sujet d'appréhender la ruine de la maison; il n'est pas néanmoins nécessaire que l'événement de la chute de la maison ait justifié cette crainte, Il suffit qu'il y eût lieu de l'appréhender.

2° Pour que le locataire soit déchargé des loyers pour l'avenir, il faut que le locateur n'ait pas offert de lui fournir un autre logement pendant le temps qu'on réparerait ou reconstruirait la maison; *dict. l.* 60. Lorsque ces deux choses concourent, le locataire est déchargé du loyer pour tout le temps restant du bail, quand même le locateur, après avoir rétabli sa maison, la lui offrirait; le locataire, qui a été obligé de se pourvoir d'une autre maison, n'étant plus obligé de la reprendre; *dict. l.* 60, ff. *dict. tit.*

Dans nos usages, pour qu'il soit constant que le locataire a eu un juste sujet de déloger de la maison dont il appréhendait la ruine, et de prétendre en conséquence la décharge du bail, il faut que le locataire, qui veut déloger, assigne le locateur, et que, sur un rapport d'experts nommés par le juge, qui auraient déclaré que la maison menace ruine, il fasse ordonner qu'il lui sera permis de déloger, et qu'il sera déchargé du bail.

150. Lorsque le locataire n'a pas été privé du total, mais de quelqu'une des parties de la maison qui lui a été louée, il doit avoir remise du loyer pour cette partie.

Néanmoins, si les réparations, qui surviennent à faire à la maison pendant le temps du bail, privent le locataire d'une partie de la maison pendant un temps peu considérable, le locataire doit souffrir cette incommodité sans pouvoir pour cela demander aucune diminution du loyer de la maison; car étant ordinaire que, dans le cours du bail d'une maison, il survienne des réparations à y faire, le locataire, qui a dû prévoir ce cas, est censé s'être soumis à souffrir l'incommodité qui en est la suite. C'est ce qui résulte de la loi 27, ff. *locat.* ***Habitatores non si paulò minùs commodè aliquâ parte cœnaculi utentur, statim deductionem ex mercede facere oportet; eâ enim conditione habitatorem esse, ut si quid transversarium incidisset, quamobrem dominum aliquid demoliri oporteret, aliquam partem parvulam incommodi sustineret.***

151. Lorsque l'empêchement, qui a empêché le locataire d'entrer en jouissance de la maison qui lui a été louée, ou qui l'a empêché de la continuer, et l'a contraint d'en déloger, est un empêchement qui ne vient que de la part du locataire, il ne peut pas pour cela demander la remise des loyers. Cela est conforme au quatrième principe. Il suffit que la maison soit exploitable, que le locateur soit prêt à en accorder la jouissance au locataire, et que le locataire puisse l'occuper, ou par lui ou par d'autres, pour que les loyers soient dus.

Cette décision doit avoir lieu, quand même ce serait pour les affaires de l'État que le locataire serait obligé d'aller faire sa résidence ailleurs : il n'est pas fondé à demander la décharge des loyers courus pendant le temps que son absence, pour le service de l'État, l'a empêché d'occuper la maison; mais il pourrait probablement être fondé à demander la résolution du bail pour le prochain terme et les suivans.

152. Pour appliquer le sixième de nos principes aux baux à loyer des maisons, supposons que j'ai loué à quelqu'un une auberge sur la grande route, et que depuis, et pendant le temps du bail, la grande route a été changée, de manière que cette auberge, qui était très fréquentée, ne se trouvant plus sur la route, est devenue déserte : en ce cas, quoique le locataire jouisse de toutes les parties de la maison, il est fondé à demander une diminution du loyer, la jouissance de cette auberge souffrant, par le changement de la route, une altération et une diminution très considérables.

Mais si, lors du bail, mon auberge que j'ai louée à un aubergiste, était la seule auberge d'un lieu; que, pendant le cours du bail, il se

soit établi d'autres auberges dans ce lieu, qui diminuent beaucoup le profit que mon locataire faisait dans l'auberge que je lui ai louée, peut-il me demander une diminution de loyer? Non. La raison de différence est, qu'il était facile de prévoir qu'il pouvait s'établir d'autres auberges dans ce lieu; mon locataire, en prenant mon auberge, a dû s'y attendre, au lieu qu'on ne pouvait pas prévoir le changement de la route. Cette question est semblable à celle qu'agite Caroccius, si un meunier est fondé à prétendre diminution de la ferme du moulin qu'on lui a loué, parce que depuis le bail, d'autres meuniers ont fait construire d'autres moulins dans le voisinage; et il décide qu'il n'y est pas fondé.

§ III. APPLICATION DES PRINCIPES AUX BAUX DES MÉTAIRIES.

153. Suivant les principes proposés au paragraphe premier, lorsqu'un fermier a été, par une force majeure, privé de pouvoir recueillir les fruits de quelqu'une des années de son bail; *putà*, si un parti ennemi a fourragé tous les blés encore en herbe de la terre qu'il tient à ferme, ou si tous les fruits, qui étaient encore sur pied, ont péri par une inondation de rivière, par un essaim de sauterelles, ou par quelque accident semblable; en tous ces cas, le fermier doit avoir remise de l'année de ferme; *l.* 15, § 2, *ff. locat.*

Si quelqu'un de ces accidens avait causé une perte, non pas totale des fruits, mais très considérable, il y aurait lieu à la remise de l'année de ferme, non pas pour le total, mais pour une partie proportionnée à la perte.

Les parties conviennent entre elles de ces remises, ou s'en rapportent à des arbitres, ce qui doit toujours s'entendre *de arbitrio boni viri*. C'est pourquoi, si, dans le cas d'une inondation extraordinaire qui aurait causé une perte presque totale des fruits de ma métairie, j'étais convenu avec mon fermier de lui faire la même remise qu'un voisin, qui avait dans le voisinage une grosse ferme, ferait à son fermier, et que son voisin n'en eût voulu faire qu'une manifestement beaucoup au-dessous de celle qui était due, dont le fermier, dans la crainte d'un procès, se serait contenté; mon fermier, nonobstant notre convention, ne serait pas obligé de se contenter d'une semblable remise; car, par notre convention, nous avons supposé que le voisin ferait une remise équitable.

154. Pour qu'il y ait lieu à ces remises, il faut que plusieurs choses concourent.

1° Il faut que la cause de la perte que le fermier a soufferte, soit une force majeure qu'il n'a pu empêcher par aucune prévoyance. C'est pourquoi s'il a pu éviter le fourrage que l'ennemi a fait de ses blés, en obtenant une sauvegarde que le général ennemi accordait pour de l'argent à ceux qui la demandaient, il ne pourra pas demander remise de sa ferme, pour la perte qu'il a soufferte, ayant pu l'éviter.

155. 2° Il faut que la perte soit arrivée sur les fruits étant encore sur pied; car aussitôt qu'ils sont recueillis, la ferme est due; les fruits, dès qu'ils sont recueillis, appartiennent au fermier, et doivent par conséquent être à ses risques. C'est pourquoi, si, peu après la récolte achevée, le feu du ciel est tombé sur les granges, et a consumé tous les fruits; si tout le vin que le fermier a recueilli s'est aigri, le fermier ne peut prétendre pour cela aucune remise; *l.* 15, § 2, *ff. locat.*

Il n'est pas même nécessaire que les fruits aient été serrés, comme quelques auteurs l'ont prétendu : il suffit qu'ils aient été séparés de la terre, pour qu'ils soient acquis au fermier, et par conséquent pour qu'ils soient à ses risques, et qu'il en doive la ferme, sans que la perte qui arriverait sur ces fruits, quoiqu'étant encore sur les champs, mais déjà séparés du sol, soit une raison suffisante pour que le fermier puisse prétendre aucune remise pour cette perte.

L'auteur des Conférences de Paris sur l'usure, *tom.* 2, *p.* 424, prétend que la remise est due au fermier pour la perte arrivée sur les fruits, quoique déjà serrés et engrangés : il en donne cette raison, que *les fruits, ou pendans, ou serrés dans les granges, sont également au bailleur et au preneur, parce qu'ils sont deux associés*. Cela ne mérite pas de réponse. Cet auteur, qui n'est pas jurisconsulte, ne sait pas ce que c'est que le contrat de louage ou de bail à ferme, qu'il confond mal à propos avec le contrat de société, avec lequel ce contrat n'a aucun rapport. Il est faux que les fruits, lorsqu'ils sont perçus, soient communs au bailleur et au preneur : le preneur en est le seul propriétaire; le bailleur y a seulement un droit de gage pour le prix de la ferme qui lui est dû. Il est vrai qu'il y a une espèce de contrat de bail à ferme qui a quelque rapport avec le contrat de société : c'est celui qui est fait pour une portion aliquote des fruits que le fermier s'oblige de donner au bailleur. Dans l'espèce de ces baux, si la perte arrive sur les fruits, quoique déjà engrangés, avant qu'ils aient été partagés entre le maître et le fermier, il est vrai, en ce cas, que la perte doit être commune pour la part que chacun y avait; mais lorsque le partage s'en est fait sur le champ, et que la part de chacun a été serrée en des granges séparées, la perte arrivée sur la part du fermier, ne lui donne aucun droit de rien demander à son maître. J'ai cru devoir rapporter et réfuter cette

décision des Conférences de Paris, parce que ce livre étant entre les mains de tout le monde, les décisions fautives qui s'y sont glissées peuvent alarmer mal à propos les consciences timorées.

Observez que le maître qui, dans le cas de cette perte soufferte par son fermier, n'est pas obligé, par devoir de justice, de lui subvenir, peut souvent, dans le for de la conscience, y être obligé par devoir de charité; ce qui dépend des circonstances, de la commodité du maître, et de l'indigence du fermier.

Si la perte même des fruits, après qu'ils ont été coupés, ne doit faire obtenir au fermier aucune remise sur sa ferme, à plus forte raison ce qu'il souffre de la vilité de leur prix ne doit pas lui en faire obtenir.

156. 3° Il faut que le dommage ait été considérable; un fermier ne peut demander aucune remise pour raison d'un dommage peu considérable, quel que soit l'accident qui l'a causé : *Modicum damnum æque animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur; l.* 25, § 6, ff. *locat.*

De là naît la question, quelle doit être la quantité du dommage causé par une force majeure sur les fruits encore pendans, pour que le fermier puisse prétendre une remise de partie de l'année de ferme.

Il y a plusieurs opinions assez incertaines sur cette question. Bruneman, *ad l.* 15, ff. *locat.*, estime qu'il faut que deux choses concourent : 1° que ce qui a échappé à l'accident arrivé sur les fruits pendans, soit au-dessous de la moitié de la quantité qu'en a coutume de percevoir dans les années ordinaires; 2° que la valeur de ce qui reste soit au-dessous de la moitié de la valeur du prix de la ferme. La décision de cette question doit être laissée à l'arbitrage du juge.

157. Lorsqu'une métairie composée de différentes parties qui produisent différentes espèces de fruits, a été donnée à ferme par un même bail, et pour un seul et même prix annuel, si l'accident n'est arrivé que sur une des parties de cette métairie, *putà*, s'il est survenu une grêle extraordinaire après la récolte des blés, qui ait perdu totalement les fruits qui étaient à recueillir dans la vigne; pour juger si la perte causée par cet accident est une perte considérable qui doit donner lieu à une remise de partie de la ferme, il ne faut pas avoir égard à la seule partie de la métairie sur laquelle cette perte est arrivée, mais à la totalité de la métairie; et il ne doit y avoir lieu, en ce cas, à la remise d'une partie de la ferme, qu'autant que la vigne aurait fait l'objet le plus considérable de la métairie.

Cette décision a lieu, quand même le fermier aurait sous-baillé séparément cette vigne à quelqu'un, et aurait été obligé de lui faire remise d'une année de la sous-ferme, pour la perte totale que la grêle a causée des fruits à recueillir dans cette vigne.

Il en serait autrement, si le fermier principal avait pris à ferme, pour des prix séparés, les terres et les vignes; en ce cas, le bail des vignes et le bail des terres étant des baux séparés, quoique faits à la même personne, le fermier, qui aurait souffert une perte totale des fruits du bail des vignes, serait bien fondé à demander la remise de l'année de ferme de ce bail, sans que le bailleur pût lui opposer en compensation le profit qu'il a eu sur le bail des terres; parce que ces baux sont des baux différens, qui n'ont rien de commun l'un avec l'autre. Quelque profit que le fermier ait eu sur un bail des terres, il n'en est pas moins vrai qu'il n'a perçu aucuns fruits de tout ce qui lui a été affermé par le bail qui lui a été fait des vignes, et que n'ayant perçu pour cette année aucuns fruits de ce bail, il ne peut en devoir la ferme. Le profit extraordinaire, qu'un fermier a fait dans une année du bail, peut bien compenser la stérilité d'une autre année de ce bail; parce que toutes les années d'un bail ne composent qu'un même bail, et que, dans un même bail, la perte soufferte, qui donne lieu à la remise, doit s'estimer sous la déduction du profit; mais le profit, qu'un fermier a fait sur un bail, ne peut changer les droits et les obligations qui résultent d'un autre bail.

158. La perte des fruits à recueillir sur une partie de la métairie, ne donne lieu, à la vérité, à aucune remise de la ferme, à moins que cette partie ne fût la plus considérable de la métairie. Il en est autrement, lorsqu'un fermier a été évincé, ou, de quelque autre manière que ce soit, privé entièrement de l'occupation d'une partie des terres de la métairie. Quelque petite que soit cette portion, le locateur lui doit faire raison de la non jouissance de cette portion : car le locateur est obligé de le faire jouir de toutes les parties de la chose qu'il lui a donnée à ferme; *debet præstare ei frui licere.*

159. 4° Pour qu'il y ait lieu à la remise, il faut que la perte de la récolte de l'année pour laquelle le fermier demande la remise, n'ait pas été récompensée par quelque abondance dans les autres années du bail, soit dans celles qui ont précédé cette année, soit dans celles qui l'ont suivie.

De là il suit que lorsque cette remise est demandée avant la fin du bail, le juge ne doit pas faire droit définitivement sur la demande de cette remise, et qu'il doit surseoir à y faire droit jusqu'à la fin du bail, et ordonner cependant par provision, que le locateur ne pourra exiger,

jusqu'à la sentence définitive, qu'une certaine portion de la ferme de cette année.

160. De là naît la question de savoir quand la stérilité extraordinaire d'une année, pour laquelle la remise est demandée, doit être censée compensée par la fertilité des autres années du bail. Les docteurs ont en différentes opinions sur cette question. Bruneman, *ad l.* 15, ff. *locat.*, dit qu'il y en a jusqu'à huit, qui sont rapportées par Nicolas de Claperiis. J'estime que, pour connaître si le fermier est dédommagé de la perte qu'il a soufferte dans l'année de stérilité, par la fertilité des autres années du bail, il faut d'abord estimer à combien il y avait lieu d'espérer vraisemblablement que monterait le produit des autres années: compter ensuite à quoi il a monté effectivement. Si la somme, dont le produit effectif excède celui qu'il y avait lieu d'espérer, est égale au montant de la perte que le fermier a soufferte dans l'année de stérilité, il est dédommagé par l'abondance des autres années. Par exemple, dans la supposition d'un bail fait pour neuf ans d'une métairie, dont le produit ordinaire que le fermier, lors du bail, avait lieu d'espérer, était de cent pistoles, année commune; si les huit autres années, qui ne doivent vraisemblablement produire que huit mille livres, en ont produit neuf mille, le fermier a eu un profit inespéré de mille livres, égal à la perte qu'il a eue en l'année de stérilité, profit qui par conséquent le dédommage de cette perte, et doit le faire déchoir de prétendre aucune remise.

161. Si le locateur, sans attendre la fin du bail, avait fait la remise de la ferme de l'année dont les fruits ont péri par force majeure, pourrait-il rétracter cette remise, si l'abondance des années suivantes dédommageait le fermier de cette perte? Ulpien, en la loi 15, § 4, ff. *locat.*, décide qu'il le peut. La raison est, que personne n'est présumé donner ce qu'il ne doit pas; d'où il suit que le locateur n'est censé avoir fait cette remise à son fermier qu'autant qu'elle lui serait due, et par conséquent qu'autant qu'il ne surviendrait point de ces abondances qui dédommageraient le fermier, et empêcheraient que la remise ne lui fût due.

Il prétend encore que cette décision doit avoir lieu, même dans le cas auquel le locateur se serait servi du terme de *don* en faisant cette remise, parce qu'il faut plutôt s'arrêter à l'intention des parties, qu'aux termes qu'elles ont employés: *Etsi verbo donationis dominus ob sterilitatem anni remiserit, idem erit dicendum, quasi non sit donatio, sed transactio; dict. l.* 15, § 5.

Comme la décision de ces lois pourrait souffrir parmi nous quelque difficulté, il est de la prudence du locateur d'exprimer dans l'acte qui contient la remise, qu'il ne l'a faite que sous la condition que le fermier ne seroit pas dédommagé par l'abondance des années qui suivraient.

L'abondance des années qui ont suivi, peut bien, aux termes de la loi ci-dessus rapportée, donner lieu à rétracter la remise; mais le propriétaire, qui a fait la remise, ne peut pas la rétracter pour raison de l'abondance des années précédentes, dont il avait connaissance lors de la remise: *Si noviseimus annue ernt sterilie in quo ei remiserit, veriùs dicetur, etsi superiores uberes fuerunt et scit locator, non debere eum ad computationem vocari; dict. l.* 15, § 4.

162. Observez que le profit, qu'a fait le fermier dans les années d'abondance, peut bien donner le droit au locateur de le compenser avec la perte pour laquelle le fermier demande remise, la perte ne devant s'estimer que sous la déduction du gain; mais quelque grand qu'il ait été, il ne peut jamais donner au locateur le droit de prétendre une augmentation de ferme: car par le bail il a cédé, sans aucune réserve, tout le droit qu'il avait aux fruits: *Immodicum lucrum ei* (*colono*) *non aufertur;* dit la loi 25, § 6, ff. *locat.*

163. Il faut, 5° que l'accident, qui a causé une perte considérable des fruits, soit un accident extraordinaire, et non pas de ces accidens ordinaires et fréquens auxquels un fermier doit s'attendre. Par exemple, le fermier d'une vigne ne doit pas demander une remise de sa ferme pour la perte qu'a causée la gelée, la coulure ou la grêle, à moins que ce ne fût une gelée ou grêle extraordinaire qui eût causé la perte totale des fruits.

164. Il nous reste à observer que tout ce que nous avons dit en ce paragraphe, n'a pas lieu à l'égard des fermiers partiaires, qui donnent au locateur, pour le prix de leurs fermes, la moitié, ou le tiers, ou une autre portion aliquote des fruits qu'ils recueillent. Quelque accident qui soit arrivé sur les fruits avant leur récolte, ces fermiers ne peuvent prétendre aucune remise, et doivent donner au locateur la portion convenue du peu qu'ils ont recueilli: car les baux de cette espèce contiennent une espèce de société, et il est de la nature de la société que la perte se partage entre les parties, à proportion de la part que chacun y doit prendre.

§ IV. Application au louage des services des ouvriers et serviteurs.

165. Lorsqu'un ouvrier ou serviteur a loué ses services à un maître, si, par une force majeure, ces services n'ont pu être rendus, le maître doit être déchargé du prix desdits services. Par exemple, dès le grand matin j'ai fait

marché avec des vendangeuses pour venir vendanger mes vignes, à raison de tant pour leur journée ; si le temps s'est mis à la pluie, et que j'aie été obligé de renvoyer mes vendangeuses, suivant le premier des principes rapporté au paragraphe premier, je dois être déchargé envers elles de la somme que je leur avais promise pour leur journée, leurs services n'ayant pu m'être rendus par elles, à cause de l'accident de la pluie.

166. Si le mauvais temps n'était survenu que depuis leur journée commencée; suivant le second de nos principes, je ne dois le prix de leur journée qu'au prorata du temps qu'elles ont travaillé, et qui court jusqu'à ce que je les aie renvoyées. Par exemple, lorsque le temps se met à la pluie vers le midi, l'usage est, en notre province d'Orléans, qu'on leur donne à dîner, et qu'on leur paie la moitié du prix de la journée.

167. Si le maître ayant pris plus de vendangeuses qu'il ne lui en fallait, la vendange finit plusieurs heures avant la fin de la journée, et que, n'ayant plus de quoi les occuper, il soit obligé de les renvoyer, il ne doit pas pour cela leur faire aucune diminution sur le prix de leur journée. Cela est conforme au quatrième de nos principes ; car, dans ce cas-ci, c'est par le propre fait du maître à qui ces vendangeuses ont loué leurs services, qu'elles n'achèvent pas leur journée, elles sont prêtes à l'achever si le maître leur fournit de quoi s'occuper.

168. A l'égard des ouvriers et serviteurs qui louent leurs services pour une année, pour un mois, ou pour quelque autre temps limité, s'il leur est survenu une maladie qui les ait empêchés de les rendre pendant une partie un peu considérable du temps pour lequel ils se sont loués, le maître est bien fondé à leur diminuer une partie du prix de leurs services, au prorata du temps que la maladie les a empêchés de les rendre. Cela est conforme au second principe, à l'avis de la plupart des docteurs, et à ce qui s'observe dans la pratique. Lorsque les maîtres n'usent pas de leur droit, c'est une générosité de leur part, qui, à la vérité, est de bienséance à l'égard des personnes riches et d'une profession noble. On oppose contre cette décision la loi 4, § 5, ff. *de statu lib.*, où, dans l'espèce d'un esclave à qui son maître avait légué la liberté, sous cette condition, *s'il sert mon héritier un an*, il est décidé qu'on doit comprendre dans l'année les jours qu'il a été malade : *Servire enim*, dit la loi, *nobis intelliguntur etiam hi quos curamus ægros, qui cupientes servire, propter adversam valetudinem impediuntur*. La réponse est, qu'on ne peut tirer aucun argument de cette loi. Les dernières volontés, et surtout la liberté, étant ce qu'il y a de plus favorable ; lorsque la liberté a été léguée à un esclave sous cette condition, *si heredi meo anno servierit, etc.*; il suffit qu'on puisse dire qu'il a été, de quelque façon que ce soit, au service de l'héritier pendant tout le temps de l'année, pour que la condition de la liberté doive être censée accomplie. Or, on peut dire de nos serviteurs que nous avons chez nous, même pendant le temps qu'ils sont malades, qu'ils sont à notre service ; ils ne cessent pas pendant ce temps d'être et de pouvoir se dire et qualifier nos serviteurs. Mais cela ne peut recevoir d'application au contrat de louage ; car lorsqu'un homme me loue son service d'une année pour une certaine somme, cette somme, que je m'oblige de lui donner, est, dans l'intention des parties contractantes, le prix des services effectifs que je compte qu'il me rendra, et non pas le prix du titre et de la qualité de mon serviteur : il faut qu'il m'ait rendu, ou qu'il ait été pendant tout ce temps en état de me rendre ses services. Il n'y a donc aucune parité entre les deux espèces. Mais, quand il y aurait parité entre les deux espèces, on ne pourrait pas conclure de la loi opposée, qu'on ne doit rien diminuer sur le service de l'année d'un serviteur qui a été malade pendant un temps peu considérable de cette année, mais seulement qu'on ne lui doit rien diminuer, lorsqu'il a été malade pendant quelques jours de cette année; car la loi est dans cette espèce, *si quibusdam diebus valetudo aut alia justa causa impedimento fuerit quominùs serviar, et hi anno imputandi sunt.* La loi ne dit pas, *si aliquâ parte anni :* elle dit, *si quibusdam diebus*. Or, je conviendrais assez que, même dans l'espèce du contrat de louage, une légère indisposition qui aurait empêché un serviteur ou un ouvrier de rendre service à son maître pendant quelques jours dans une année, ne doit faire obtenir au maître aucune diminution sur l'année des gages qu'il lui doit ; le maître a dû compter en quelque façon là-dessus, y ayant peu de personnes qui n'aient quelque légère indisposition dans le cours d'une année.

169. Si les gages ne sont pas dus à un ouvrier ou serviteur pour la partie du temps qu'il a été empêché par une force majeure de servir, à plus forte raison lorsque c'est par son propre fait qu'il n'a pas servi, comme lorsqu'il a quitté de lui-même le service de son maître avant le temps.

Il y a plus : le maître peut, en ce cas, l'assigner pour qu'il retourne à son service, et demander que, faute par lui de le faire dans les vingt-quatre heures du jour du jugement qui interviendra, il soit, par le même jugement, condamné aux dommages et intérêts de son maître, si aucuns il souffre, suivant le règlement de gens dont les parties conviendront, lesquels dommages et intérêts le maître pourra retenir sur les

parties des gages qu'il lui doit poor son service passé; et que, même dans le cas anquel il retournerait au service de son maître, il sera fait diminution à ce serviteur d'une partie du prix de son année de gages, au prorata du temps écoulé depuis qu'il a quitté le service de son maître jusqu'à ce qu'il y soit rentré; ou bien qne son maître pourra retenir ce qu'il a été obligé de donner à un bomme qo'il a mis à sa place jusqu'à ce qu'il fût rentré.

Ces dommages et intérêts du maître, résultans de la sortie du serviteur, se règlent eu égard à ce qu'il en a coûté de plus au maître pour se faire servir par d'antres pendant ce qui restait à courir du temps du service.

170. Quand même ce serait pour une cause bonnête qu'un serviteur quitterait avant le temps le service de son maître, *putà*, pour se marier, oo pour aller assister ses père et mère, il ne laisserait pas d'être tenu des dommages et intérêts de son maître; car c'est par son fait et volontairement qu'il ne remplit pas son obligation: mais ils doivent, en ce cas, être estimés moins rigoureusement qne lorsqu'il quitte sans sujet, par paresse, par libertinage, ou par l'espoir de gagner davantage ailleurs.

171. Quelque favorable que soit le service de l'État, je crois que le serviteur, qui quitte avant le temps le service de son maître pour s'enrôler volontairement dans les troupes, est tenu des dommages et intérêts de son maître. Il en est autrement dn cas où ce serviteur serait tombé à la milice : c'est, en ce cas, par une force majeure, qu'il n'achève pas le temps de son service; c'est pourquoi il ne doit point à son maître de dommages et intérêts. Le maître doit seulement, en ce cas, suivant le deuxième de nos principes, être déchargé des gages pour le temps qui restait à courir : ce cas est semblable à celui auquel le serviteur est empêché de rendre service pour cause de maladie.

172. Lorsqu'un serviteur a été mis en prison, ou a été obligé de fuir pour éviter un décret de prise de corps donné contre lui, il faut distinguer s'il a été déclaré convaincu du crime pour lequel il a été décrété; c'est, en ce cas, par son fait, qu'il a été obligé d'abandonner le service de son maître; et il doit par conséquent être tenu des dommages et intérêts de son maître, s'il en a souffert : mais s'il a été absous, ou même si l'affaire n'a pas été poursuivie, il est dans le cas de ceux qui ont quitté par une force majeure; il n'est tenu d'aucuns dommages et intérêts.

173. Lorsque c'est par le fait du maître que le serviteur a quitté son service avant le temps, *putà*, par rapport aux sévices du maître, ou parce qu'il lui refusait les choses nécessaires à la vie; ou, si c'est une servante, parce qu'il a attenté à son honneur; le serviteur peut être admis à la preuve de ces faits; et s'il les justifie, non seulement il ne doit pas de dommages et intérêts à son maître, mais, suivant le quatrième de nos principes, son maître n'est pas déchargé envers lui des gages qui restent à courir pour le restant du temps de son service, puisque c'est par le fait du maître qui est le conducteur de ces services, qu'il ne les lui rend pas. C'est pourquoi le maître doit, en ce cas, payer au serviteur l'année entière de ses services; et il peut même être condamné aux dommages et intérêts du domestique.

Lorsque le sujet pour lequel le serviteur a quitté le service de son maître, n'est pas bien grave, le juge peut ordonner que le serviteur retournera incessamment achever son service, à la charge par le maître de le traiter humainement, et sans lui faire aucune diminution de ses gages pour le temps qu'il a manqué de servir : ou s'il ne le condamne pas à retourner, et qu'il condamne le maître à lui payer l'année de ses services, il doit faire déduction sur cette année de la somme qu'il estimera que le serviteur peut vraisemblablement gagner ailleurs pendant ce qui reste à courir du temps de son service, en faisant cette estimation au plus bas prix.

174. Lorsque ce n'est pas le serviteur qui a quitté le service de son maître, et que c'est au contraire le maître qui l'a renvoyé avant l'expiration du temps; si c'est par le fait du serviteur qu'il a été renvoyé, parce qu'il fait de mauvais ouvrages, ou parce qu'il n'obéit pas à son maître, ou parce qu'il manque au respect qu'il lui doit, le serviteur ne peut, en ce cas, prétendre ses gages pour le temps qui restait à courir.

Mais si le maître l'a renvoyé sans que le serviteur l'ait mérité, le maître lui doit ses gages pour le temps entier que devait durer son service, sous la déduction ci-dessus expliquée.

175. Le maître, pour éviter cette condamnation, est-il obligé de justifier les sujets de plainte qu'il allègue contre son serviteur, ou le juge doit-il s'en rapporter à la déclaration du maître? Je réponds que la décision doit être laissée à l'arbitrage du juge, qui doit se déterminer par les circonstances, et par la dignité du maître.

176. Ces louages de services pour un temps déterminé, sont d'usage à l'égard des serviteurs de campagne, tels que les serviteurs de labour, de vignerons, de meuniers, etc., les servantes de cour. Ils sont aussi d'usage dans les villes à l'égard des ouvriers. A l'égard des serviteurs qui louent leurs services aux bourgeois des villes, ou même à la campagne aux gentilsbommes pour le service de la personne du maître, quoiqu'ils les louent à raison de tant par an, ils sont néanmoins censés ne les louer que pour le temps qu'il

plaira au maître de les avoir à son service; c'est pourquoi le maître peut les renvoyer quand bon lui semble, et sans en dire la raison, en leur payant leur service jusqu'au jour qu'il les renvoie.

Mais il ne leur est pas permis de quitter le service de leur maître sans son congé, et ils doivent être condamnés à retourner, ou jusqu'au jour du prochain terme auquel il est d'usage dans le lieu de louer les serviteurs, ou seulement jusqu'à ce que le maître ait le temps de se pourvoir d'un autre serviteur, lequel temps lui est limité par le juge. On doit, à cet égard, suivre les différens usages des différens lieux.

177. Il est défendu par les nouveaux réglemens, aux domestiques qui se louent aux officiers pour les servir à l'armée, de quitter leur service avant la fin de la campagne, à peine d'être punis comme déserteurs.

§ V. DE LA CONVENTION PAR LAQUELLE LE CONDUCTEUR OU FERMIER SE CHARGE DES RISQUES.

178. S'il a été expressément convenu que le fermier ne pourrait prétendre aucune diminution de sa ferme pour quelque accident que ce fût, cette convention est valable. Il n'est pas douteux qu'il ne peut prétendre, en ce cas, aucune remise pour raison de la perte, même totale, qu'il aurait faite des fruits par les grêles et autres semblables accidens.

On dira peut-être : De quoi la ferme peut-elle être, en ce cas, le prix, puisqu'il n'y a point de fruits? La réponse est, qu'elle est le prix de l'espérance incertaine que le fermier a eue de recueillir des fruits. Nous avons vu au Traité du contrat de vente, *n.* 6, qu'une espérance incertaine était quelque chose d'appréciable, et qui pouvait se vendre; d'où il suit que dans cette espèce, quoique le fermier n'ait perçu aucun fruit, la ferme peut être due comme le prix de l'espérance incertaine de ces fruits.

Cette convention, quoique valable et permise, étant contraire à la nature du bail à ferme, ne se présume pas facilement. De là naît la décision de la question, si, par la clause portée dans le bail, que les fermes seront payées *sans aucune diminution*, le fermier est censé se charger du risque des accidens qui causeraient la perte totale des fruits. La raison de douter est, que si la clause n'est pas entendue en ce sens, elle sera superflue et n'aura aucun effet. Or, c'est une de nos règles d'interprétation, que les clauses doivent s'interpréter dans le sens qui leur donne un effet, plutôt que dans celui selon lequel elles n'en auraient aucun; *Traité des obligations*, *n.* 92. La raison de décider est celle que nous venons de dire, que la clause, par laquelle le fermier se charge des risques des accidens extraordinaires qui empêchent sa jouissance, étant une clause contraire à la nature du bail à ferme, elle doit être expresse, et ne doit pas s'inférer de la clause par laquelle il est dit que les fermes se paieront sans aucune diminution. On doit plutôt croire que cette clause n'a été apposée que *dubitationis tollendæ causâ*, et on doit l'entendre selon la nature du bail à ferme, en ce sens, qu'il ne pourra prétendre aucune diminution de ses fermes, pour raison des accidens ordinaires de gelée, coulure et autres semblables auxquels un fermier doit s'attendre pendant le cours de son bail, pour lesquels les fermiers ne peuvent pas demander de diminution, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 163.

Barthole, *ad l. Fistulas*, 78, § *fin. ff. de contr. empt.*, et plusieurs autres docteurs qui l'ont suivi, enseignent que quoiqu'un fermier se soit expressément chargé du risque de tous les accidens qui pourraient survenir sur les fruits, sans pouvoir pour raison d'iceux prétendre aucune diminution sur ses fermes, cette convention ne renferme que les accidens qui arrivent ordinairement, et non ceux qui étant rares, par cette raison n'ont pas vraisemblablement été prévus lors de la convention, et n'y sont point par conséquent renfermés, suivant cette règle de droit : *Non videtur contineri pacto id de quo cogitatum non est.* Vinnius, *illust. quæst.* 11, 1, réfute fort au long l'opinion de ces docteurs. Il observe fort bien que le texte, sur lequel ils la fondent, y est formellement contraire, puisqu'il y est dit que les blés ayant été perdus par une abondance extraordinaire de neiges, c'est le cas de la convention, *si immoderatæ fuerunt, et* CONTRA CONSUETUDINEM TEMPESTATIS. Brunneman, sur cette loi, distingue trois espèces d'accidens qui peuvent arriver sur les fruits, 1° ceux qui arrivent ordinairement, tels que sont les gelées, coulures, grêles, qui ne causent pas une perte totale des fruits et dont le risque doit être supporté par les fermiers, sans qu'ils s'y soient expressément soumis par une convention, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 163; 2° les accidens plus rares, qu'il dit être la matière de la convention par laquelle le fermier se charge de tous les risques; 3° enfin ceux dont il n'y a pas eu d'exemples depuis un ou plusieurs siècles, tels que l'accident d'une inondation dans un pays où depuis plusieurs siècles il n'en était pas arrivé, ou d'une incursion d'ennemis dans un pays situé au cœur d'un grand État, où il était contre toute apparence que la guerre fût jamais portée. Brunneman convient que la convention ne doit pas s'étendre aux accidens de cette dernière espèce, et que c'est à cette espèce d'accidens que s'applique la règle de droit ci-dessus citée.

S'il était dit que le fermier se charge des risques d'un tel accident, *putà*, de la grêle, et qu'il fût ajouté, *et de tous autres accidens semblables*, il y a moins de difficulté à décider dans cette espèce, que ces termes *et autres accidens semblables*, ne comprennent que ceux qui viennent de l'intempérie de l'air, et qui ne sont pas plus rares, et par conséquent aussi faciles à prévoir que l'accident de la grêle.

Si l'on n'avait pas ajouté, *et autres accidens semblables*, le fermier ne devrait être chargé que du risque de l'espèce d'accident dont il a déclaré qu'il se chargeait, et non d'aucuns autres.

ARTICLE III.

Des fins de non recevoir que les fermiers ou locataires peuvent opposer.

179. Les fermes et loyers ont cela de commun avec toutes les dettes annuelles, que les quittances de trois années consécutives établissent une présomption du paiement des précédentes, et par conséquent une fin de non recevoir contre la demande en paiement des années précédentes.

Cette jurisprudence a pour fondement la loi 3, *cod. de apoch. publ.*, qui a établi cette présomption à l'égard des tributs publics. Sa décision a été étendue à toutes les dettes annuelles dues aux particuliers. La raison de cette présomption, est qu'étant d'usage qu'un créancier reçoive de son débiteur les anciens arrérages avant les nouveaux, il n'est pas probable qu'il se soit fait payer pendant trois années consécutives des nouveaux, sans avoir été payé des anciens.

180. De là il suit qu'il n'y a lieu à cette fin de non recevoir que lorsque les fermes des années précédentes étaient dues à la même personne qui a donné les quittances des trois années consécutives. Mais si j'ai vendu un héritage dont il m'était dû plusieurs années de ferme; quoique l'acheteur, plus vigilant que moi à se faire payer, se soit fait payer de trois années de ferme courues depuis son acquisition, les trois quittances qu'il a données de trois années consécutives de ferme, n'opéreront aucune fin de non recevoir contre ma demande en paiement des années précédentes qui me sont dues.

181. Pareillement, pour qu'il y ait lieu à la présomption des paiemens et à la fin de non recevoir, il faut que ce soit la même personne à qui on a donné quittance de trois années consécutives de ferme, qui fût le débiteur des fermes précédentes. C'est pourquoi le paiement, qui m'a été fait de trois années consécutives de ferme par un nouveau fermier plus diligent à payer que le fermier précédent, n'opère point de fin de non recevoir au profit du fermier précédent, pour les fermes précédentes qu'il me doit.

182. Quoique les fermes précédentes soient dues au même créancier qui a donné quittance de trois années suivantes, et par le même débiteur, il n'y aura pas lieu à la présemption du paiement des précédentes, et à la fin de non recevoir toutes les fois que le créancier pourra faire apparoir de quelque raison pour laquelle il a reçu les nouvelles fermes avant les anciennes.

Par exemple, lorsque des fabriciers ont donné au fermier d'une métairie d'une fabrique, trois quittances de trois années de fermes échues pendant le temps de leur exercice, il n'y aura pas de fin de non recevoir pour les précédentes, parce qu'ils avaient intérêt de faire payer les fermes échues du temps de leur exercice, plutôt que les fermes courues du temps des précédens fabriciers, qu'ils peuvent obliger de s'en charger en recette envers la fabrique, lorsqu'ils rendront leurs comptes.

Pareillement dans cette espèce, Pierre et Jean ayant pris de moi, en 1765, solidairement un héritage à ferme pour neuf ans, ont fait entre eux une convention, en 1767, par laquelle Jean s'est chargé seul du bail pour l'avenir, à condition que Pierre se chargerait de payer seul la ferme de 1766. Depuis, m'étant fait payer de Jean des fermes de 1767, 1768 et 1769, je ne me suis pas fait payer de celle de 1766, par égard pour Jean, qui m'avait fait espérer que j'en serais payé par Pierre qui s'en était chargé; mais n'ayant pu m'en faire payer par Pierre, j'en demande le paiement à Jean, qui m'oppose une fin de non recevoir, résultante des trois quittances qu'il a de moi pour les années de 1767, 1768 et 1769. Jean ne sera pas fondé dans sa fin de non recevoir, parce qu'il paraît une raison pour laquelle j'ai reçu les fermes de ces années avant la précédente.

183. Mais si le créancier ne peut alléguer aucune raison probable pour laquelle il ait reçu les nouvelles avant les anciennes, les quittances des trois années consécutives opéreront la présomption du paiement des précédentes, sans que le créancier puisse être reçu à prouver par son registre, quelque régulier qu'il paraisse, qu'il n'en a pas été payé. C'est l'avis de Caroccius.

Il ne lui reste d'autre voie que celle de déférer au fermier le serment décisoire, s'il est vrai qu'il ait payé les anciennes fermes.

184. Une quittance de trois années consécutives payées par un seul paiement, opère-t-elle une suffisante présomption de paiement des précédentes? Non. La loi dit : *Si trium cohærentium annorum* APOCHAS *protulerit* : c'est de la

multiplicité des paiemens que résulte la force de la présomption. C'est l'avis de Bruneman, *ad dict. l.* 3, *cod. de apoch.*

185. Trois consignations de trois années consécutives de ferme, après autant de sommations au créancier de recevoir, opèrent-elles une présomption de paiement des fermes précédentes? Non. Il est bien vrai que la consignation équipolle à paiement, *obsignatio pro solutione est.* Ainsi la consignation a l'effet de libérer le débiteur de la somme par lui due et qu'il a consignée, de même que s'il l'eût payée; mais elle n'a pas l'effet d'opérer la présomption du paiement des années précédentes; car cette présomption résulte de fait de la volonté du créancier qui a bien voulu donner quittance pour les nouvelles fermes, parce qu'on présume qu'il n'eût pas voulu recevoir pour les nouvelles fermes le paiement qui lui a été fait, s'il n'eût pas été payé des anciennes. Or ce fait du créancier ne se rencontrant pas dans les consignations qui se font sans que le créancier y intervienne, cette présomption ne peut pas résulter des consignations. C'est l'avis de Caroccius.

186. L'Ordonnance de 1629 a établi une autre fin de non recevoir. Elle porte, *art.* 142, que les loyers de maisons et les fermes ne pourront être demandés après cinq années depuis l'expiration des baux.

Quoique cette belle Ordonnance soit restée sans exécution dans le ressort du parlement de Paris, où elle n'a pas été enregistrée, néanmoins plusieurs prétendent que cet article s'observe, surtout à l'égard des baux qui n'ont été que verbaux.

Il est étonnant que Bourgeon, ancien avocat fréquentant le châtelet de Paris, et Denisart, ancien procureur dudit châtelet, soient contraires en fait sur l'usage de châtelet de Paris par rapport à cette prescription de cinq ans. Bourgeon prétend qu'elle n'y est pas observée, et donne un démenti à Bretonnier, qui, dans ses décisions alphabétiques, avait attesté qu'elle l'était. Au contraire, Denisart prétend qu'elle est observée, même lorsqu'il y a un bail par écrit.

Pour m'instruire de ce qui en est, j'ai consulté un magistrat des plus éclairés du châtelet de Paris, qui a eu la bonté d'en conférer avec plusieurs des plus anciens avocats qui fréquentent ledit siége : ils ont tous répondu qu'ils n'avaient jamais vu se présenter au châtelet aucune cause dans laquelle cette prescription ait été alléguée. D'où il suit que si la question se présentait, cette prescription devrait être rejetée, n'étant autorisée ni par une loi revêtue de ses formes, ni par aucune jurisprudence.

187. Lorsqu'il n'y a pas de bail par écrit, Denisart dit que l'usage du châtelet de Paris est que le locataire, qui a délogé au vu et au su du propriétaire, soit cru du paiement des loyers sur son affirmation, aussitôt après qu'il est sorti, sans attendre les cinq ans. Le magistrat que j'ai consulté, dit l'avoir vu juger ainsi plusieurs fois. Cette jurisprudence n'est pas suivie dans nos provinces, et il n'y a pas la même raison. A Paris, où l'on se connaît peu, on présume facilement qu'un propriétaire n'a pas laissé déloger son locataire sans se faire payer; mais dans les provinces, un propriétaire, qui se fie sur la solvabilité de son locataire qu'il connaît, le laisse souvent déloger sans se faire payer, et l'on ne peut en tirer contre le propriétaire aucune présomption de paiement, ni fin de non recevoir.

ARTICLE IV.

Des autres obligations du conducteur qui naissent de la nature du contrat.

188. Nous avons traité dans les articles précédens de l'obligation que contracte le conducteur par le contrat de louage, de payer le loyer. Il en contracte trois autres; savoir : 1° celle de ne faire servir la chose qui lui est louée, qu'aux usages pour lesquels elle lui est louée; 2° d'apporter à la conservation de cette chose le soin convenable; 3° de la rendre en bon état à la fin du temps du louage.

§ I. DE L'OBLIGATION DU CONDUCTEUR, DE NE FAIRE SERVIR LA CHOSE QU'AUX USAGES POUR LESQUELS ELLE LUI EST LOUÉE.

189. Le conducteur est obligé de ne se servir de la chose qui lui a été louée, que pour les usages auxquels elle est destinée, et pour lesquels elle lui a été louée.

Par exemple, si j'ai pris à loyer pour un certain temps un cheval de selle, je ne puis pas le mettre à la charrette, ni le faire servir à porter des fardeaux comme un cheval de somme; et si je l'ai fait, je suis tenu des dommages et intérêts du locateur, pour raison de ce que le cheval en serait devenu moins bon cheval de selle.

Par la même raison, un fermier de terres labourables ne doit pas, sans le consentement du locateur, les planter en safran.

Par la même raison, si un aubergiste a pris à loyer une auberge, il est obligé de l'entretenir comme auberge pendant tout le temps du bail, sinon il est obligé envers son locateur des dommages et intérêts qu'il souffre de ce que la maison n'a pas été entretenue comme auberge. Ces dommages et intérêts consistent en ce que la maison en est dépréciée. Le locataire, en n'entretenant pas la maison comme auberge, donne occasion à ceux qui avaient coutume d'y loger, de se

pourvoir d'une autre auberge; l'auberge n'étant plus fréquentée, est par là dépréciée, et ne peut plus se louer à l'avenir pour un prix aussi considérable.

Vice versâ, si une maison a été louée comme maison bourgeoise, et qui était exploitée comme telle, il ne sera pas permis au locataire d'en faire un cabaret ou un brelan; d'y établir une forge de maréchal ou de serrurier, etc.; il doit l'occuper comme maison bourgeoise; sinon le locateur peut l'expulser, et le faire condamner en ses dommages et intérêts.

§ II. SECONDE ESPÈCE D'OBLIGATION.

190. Le conducteur doit jouir et user de la chose qui lui est louée, comme un bon père de famille userait de la sienne propre : il doit avoir le même soin pour la conserver, qu'un bon et soigneux père de famille aurait pour la sienne propre.

Par exemple, celui, qui a pris à loyer un cheval, ne doit point le surmener, le faire courir, lui faire faire de trop fortes journées. Il doit avoir le soin de le bien faire panser et nourrir.

Le fermier d'une vigne doit la bien façonner, la bien fumer, la bien entretenir d'échalas, la provigner, et généralement la cultiver de la même manière qu'un bon et soigneux vigneron cultiverait sa propre vigne.

Le fermier d'une métairie doit pareillement bien façonner les terres en saison convenable. Il ne lui est pas permis de les charger, de les dessaisonner : il doit avoir des bestiaux en quantité suffisante pour l'exploiter. Il lui est expressément défendu de divertir aucuns fumiers et aucunes pailles de la métairie, tous les fumiers et toutes les pailles étant destinés à l'engrais des terres.

La Coutume d'Orléans, *art.* 421, en a une disposition formelle : elle porte expressément que le seigneur de métairie peut empêcher qu'on ne transporte ailleurs les fourrages et pailles qui doivent servir à la nourriture du bétail de la métairie, et à faire des fumiers pour les convertir à fumer et à amender les terres, *quand même le métoyer ne s'y fût pas expressément obligé*; car cette obligation est de droit, et est renfermée dans celle de jouir en bon père de famille.

Le fermier des terres non logées contracte, à cet égard, la même obligation qu'un fermier de métairie, et le locateur peut pareillement l'empêcher de divertir les pailles et fourrages provenus desdites terres, le fermier étant obligé de les employer à l'engrais desdites terres. On rapporte, dans les notes sur cet article, une sentence du bailliage d'Orléans qui l'a ainsi jugé.

Nonobstant l'article de la Coutume qui défend le divertissement des pailles et fourrages, les fermiers des métairies voisines du vignoble sont dans l'usage de vendre les chaumes : cet usage est toléré lorsque la métairie est d'ailleurs suffisamment garnie de paille et fourrage; et les notes sur cet article rapportent une sentence du bailliage, de 1640, qui approuve une pareille vente de chaume. Mais si, pour vendre plus de chaume, un laboureur faisait couper trop haut ses blés, et que, par ce moyen, la métairie ne fût pas suffisamment garnie de pailles, le maître pourrait prétendre des dommages et intérêts, surtout si cela arrivait à la fin d'un bail, en fraude de l'obligation en laquelle est le fermier de laisser les pailles.

Lorsque les blés ne sont coupés qu'à la hauteur ordinaire, le laboureur ne fait aucun tort à son maître en vendant les chaumes, puisque dans les lieux éloignés du vignoble, où il n'est pas d'usage de les vendre, ils sont laissés au premier occupant; ou que, si l'on s'en sert, c'est pour les couvertures, et non pour l'engrais des terres.

191. L'obligation, que contracte le fermier d'une métairie, de conserver la chose qui lui est louée, l'engage aussi à veiller à ce qu'il ne se fasse, pendant le cours de son bail, aucune usurpation des terres de la métairie. C'est pourquoi, si quelque voisin a acquis, pendant le cours du bail que j'ai fait à mon fermier, la possession d'an et jour de quelque partie de terre de ma métairie, mon fermier sera tenu de mes dommages et intérêts, parce que cette usurpation procède de sa négligence, ayant dû s'opposer à l'usurpation, et ne pas laisser le voisin posséder par an et jour.

Pour que le propriétaire puisse facilement établir que l'usurpation s'est faite pendant le cours du bail fait à son fermier, il est à propos qu'il détaille dans le bail toutes les pièces de terres dont sa métairie est composée, la contenance de chacune, et les tenans et aboutissans, afin de connaître à la fin du bail, s'il ne manque rien.

192. Nous avons établi que le conducteur était obligé à conserver la chose qui lui est louée : mais quel soin doit-il y apporter? Est-ce le soin le plus exact, *exactissimam diligentiam*, ou seulement un soin commun? Est-il tenu de la faute la plus légère, ou seulement de la faute légère? Cette question se décide par le principe de droit tiré de la loi 5, § 1, ff. *commod.*, que nous avons rapportée dans notre Traité des Obligations, *n.* 142, que dans les contrats qui se font pour l'utilité réciproque des contractans, ils ne sont obligés qu'à une diligence commune, et ne sont en conséquence tenus que de la faute légère.

Suivant ce principe, le conducteur n'est tenu

par la nature du contrat que de la faute légère; mais on peut convenir qu'il ne sera tenu que de la faute grossière; *et contrà*, on peut convenir qu'il sera tenu de la faute la plus légère : le conducteur peut même se charger des cas fortuits, ce qui ne se présume pas facilement. C'est pourquoi s'il était dit par le contrat que la chose serait *aux risques* du conducteur pendant tout le temps qu'il s'en servirait et qu'il la retiendrait, le conducteur ne serait censé s'être, par ces termes, rendu responsable que de la faute la plus légère, et non des cas fortuits, qu'on appelle autrement force majeure. Caroceins, *page* 319, dit que c'est le sentiment commun.

193. Le locataire est tenu, par rapport à la conservation de la chose qui lui a été louée, non seulement de sa propre faute, mais de celle de ses domestiques, c'est-à-dire, de sa femme, de ses enfans, de ses serviteurs et servantes, des ouvriers qu'il fait travailler chez lui, etc.

Le locataire est pareillement responsable de ses pensionnaires, de ses hôtes, de ses sous-locataires; *Domat, liv.* 1, *tit.* 4, *sect.* 2, *n.* 5. Nous sommes, en ce point, plus rigoureux que les jurisconsultes romains. Ceux-ci ne rendaient le locataire responsable des fautes de ses esclaves ou de ses hôtes, que dans le cas auquel il aurait été en faute lui-même d'avoir eu à son service des esclaves mauvais, de la part desquels il y avait lieu de craindre l'accident qui est arrivé, ou d'avoir reçu chez lui des hôtes de pareil caractère; autrement il n'en était pas tenu en son nom. C'est ce que nous trouvons décidé en la loi 27, § 11, ff. *ad l. Aquil. Quùm coloni servi villam exussissent, colonum vel ex locato, vel lege Aquiliâ teneri, ità ut colonus possit servum dedere.... sed hæc ità si culpâ colonus careat, cæterùm si noxios servos habuit, eum teneri cur tales habuit.* Et dans la loi 11, ff. *locat.*, il est dit : *Mihi placet ut culpam etiam eorum quos induxit*, des hôtes, sous-locataires, etc., *præstet suo nomine, etsi nihil convenit, si tamen culpam in inducendis admittit quòd tales habuerit, vel suos, vel hospites.*

Cette distinction des jurisconsultes romains, si le locataire avait dû connaître ou non les mauvaises mœurs ou l'étourderie de ses esclaves ou de ses hôtes qui ont causé le dommage, était fort embarrassante dans la pratique. Notre jurisprudence, qui rend les locataires responsables indistinctement des fautes de leurs domestiques et de toutes les personnes qu'ils ont dans leur maison, est bien plus simple et bien meilleure dans la pratique : elle oblige les locataires à veiller avec tout le soin possible sur leurs domestiques. Elle est quelquefois dure; car il peut arriver quelquefois qu'un maître, quelque vigilant qu'il soit sur la conduite de ses domestiques, n'ait pu ni prévoir ni empêcher la faute de son domestique qui a causé le dommage; et il faut avouer qu'il est dur, en ce cas, de l'en rendre responsable. Mais cette jurisprudence, qui, pour obliger les pères de famille à veiller avec tout le soin possible sur leurs domestiques, les rend responsables de leurs fautes, est nécessaire pour la conservation de la sûreté publique; et cette considération doit l'emporter sur les inconvéniens.

194. Comme les incendies arrivent ordinairement par la faute des personnes qui demeurent dans les maisons; lorsqu'une maison est incendiée, l'incendie est facilement présumé arrivé par la faute du locataire, ou par celle de ses domestiques, desquels nous venons de dire qu'il est responsable. C'est pourquoi il est, en ce cas, tenu de rétablir la maison incendiée, à moins qu'il ne justifie que l'incendie est arrivé par un cas fortuit, ou que le feu a été communiqué par une maison voisine où il avait commencé.

S'il y a plusieurs locataires principaux dans une maison, c'est le locataire de la partie par où le feu a commencé, qui est seul tenu de l'incendie. Mais si on ne sait par où il a commencé, en seront-ils tenus tous? Aucun n'en sera-t-il tenu? Je pense qu'aucun n'en sera tenu; car étant entièrement incertain par la faute duquel le feu a pris, il ne peut y avoir lieu contre aucun d'eux à aucune présomption de faute, qui puisse servir de fondement contre lui à la demande que donnerait le locateur pour faire rétablir sa maison; et par conséquent la demande ne peut procéder contre aucun.

Si le feu avait pris à une auberge, et qu'il parût que c'est par le fait et l'imprudence d'un voyageur qui y logeait, le locataire, qui tient l'auberge, serait-il responsable de l'accident? On dira, en faveur de l'aubergiste, qu'il y a une grande différence entre des voyageurs qui logent dans une auberge en passant, et des domestiques ou pensionnaires. Un locataire est en quelque faute lorsqu'il a des domestiques ou pensionnaires étourdis et imprudens, parce qu'il ne doit se servir et n'avoir chez lui que des personnes de la conduite desquelles il se soit informé; c'est pour cela qu'il est responsable de leurs fautes. Mais un aubergiste est, par son état, obligé de recevoir dans son auberge les voyageurs qui s'y présentent, sans qu'il les connaisse; c'est pourquoi il n'est pas responsable de leurs fautes; car *non præstat factum viatorum; l. unic.*, § *fin.* ff. *furt. adv. naut.*

Cependant je pense que, même en ce cas, l'aubergiste ne devrait pas être excusé de l'incendie; car comme il ne connaît pas les gens qui logent chez lui, il doit, pour prévenir les accidens, tenir, pendant la nuit, sa cuisine fermée; et il doit veiller par lui-même, ou par quelqu'un

de ses gens, jusqu'à ce que tous les voyageurs qui sont logés dans son auberge soient au lit, et qu'il ne paraisse plus de lumière dans les chambres. C'est pourquoi, s'il est arrivé un incendie, quoiqu'il paraisse que le feu a pris de nuit, par une chambre où un voyageur était logé, et par conséquent par la faute de ce voyageur, l'aubergiste ne laissera pas d'être tenu du dommage causé par cet incendie, parce que s'il eût veillé comme il le devait, il aurait prévenu et empêché l'incendie dans son commencement, et que c'est sa faute de n'avoir pas veillé.

Mais si un voyageur avait causé quelque dommage à la maison de l'auberge, que le locataire qui tient l'auberge n'ait pu, en quelque façon que ce soit, prévenir ni empêcher, il n'en doit pas être responsable; car son état l'obligeait à recevoir le voyageur dans l'auberge sans le connaître. Il faut néanmoins, pour qu'il soit déchargé de ce dommage envers le propriétaire, qu'il n'ait négligé aucune des voies qui pourraient en procurer la réparation. Par exemple, si ce voyageur avait une valise ou d'autres effets, il doit les arrêter pour la réparation du dommage.

195. Pour que le conducteur soit tenu de la perte ou de la détérioration de la chose louée, il n'est pas précisément nécessaire que ce soit sa faute qui ait proprement causé le dommage, il suffit qu'elle y ait donné occasion. Suivant ce principe, Gaïus décide que si un fermier est un querelleur qui ait outragé ses voisins, et que ses voisins, pour s'en venger, aient coupé de nuit au pied les vignes qu'il tenait à ferme, il est tenu de ce dommage, auquel ses querelles ont donné occasion : *Culpæ ipsius et illud annumeratur, si propter inimicitias, ejus vicinus arbores exciderit*; *l.* 25, § 4, ff. *locat.* J'aurais de la peine à croire que cette décision dût être suivie dans la pratique. La suivante souffre moins de difficultés. S'il lui est défendu, par le bail, d'avoir aucune matière combustible dans aucun endroit, et qu'il en ait eu, il sera tenu de l'incendie, quoiqu'arrivé par cas fortuit; car c'est sa contravention aux clauses du bail, et par conséquent sa faute, qui y a donné occasion : *Si in locatione convenit, ignem ne habeto; et habuit, tenebitur; etiamsi fortuitus casus admisit incendium*; *l.* 11, § 1, ff. *locat.*

Par la même raison, si j'ai été attaqué en chemin par des voleurs qui ont tué le cheval que j'avais pris à loyer pour faire mon voyage; quoique cette violence, qui a causé la perte du cheval, soit une force majeure dont le locataire n'est pas responsable, et que j'aie la preuve de cette violence par la capture des voleurs, qui ont été pris peu après; néanmoins si j'ai donné, par ma faute, occasion à cet accident, en faisant route à des heures indues, ou en quittant le grand chemin pour en prendre un plus court, mais beaucoup moins sûr, je serai responsable de la perte du cheval.

Ce ne serait pas une faute, si, en prenant un autre chemin que le grand chemin, je n'avais fait que ce que les autres voyageurs avaient coutume de faire, parce que le grand chemin était dans ce temps impraticable.

196. Il nous reste à observer qu'il y a un cas auquel le conducteur n'est pas chargé du soin de conserver la chose qui lui est louée; c'est le cas auquel il y a une personne préposée par le locateur pour avoir ce soin pendant que le conducteur s'en sert. C'est ce qui arrive lorsqu'un loueur de chaises loue à quelqu'un une chaise et des chevaux pour faire un voyage, et lui donne un cocher pour conduire la voiture : ce cocher, préposé par le locateur, est chargé du soin de la chaise et des chevaux; le locataire n'est chargé de rien.

§ III. Troisième espèce d'obligation.

197. La dernière obligation du conducteur est de rendre la chose en bon état après l'expiration du bail.

Faute de pouvoir la rendre, parce qu'il l'a perdue par sa faute, il est condamné à en payer l'estimation : mais, quoique condamné, tant qu'il n'a pas encore payé l'estimation, s'il vient à recouvrer la chose, il peut, en offrant de la rendre, se faire décharger de la condamnation.

198. Après que le locateur en a reçu l'estimation, le locataire n'est plus recevable à offrir de rendre la chose, ni à répéter la chose qu'il a payée. Il se contracte, par cette estimation que le locateur reçoit, une espèce de vente que le locateur fait au locataire de cette chose dont il reçoit l'estimation.

Le locateur doit le subroger à ses actions pour revendiquer cette chose; et si, après que le locataire l'a recouvrée, elle était réclamée par un tiers qui s'en prétendrait le propriétaire, le locataire pourrait appeler en garantie le locateur à qui il en a payé l'estimation, pour la restitution de la somme qu'il lui a payée.

199. Le locataire est déchargé de l'obligation de rendre la chose, si la chose a péri sans sa faute : mais il doit enseigner et justifier comment elle a péri; autrement elle est présumée avoir péri par sa faute, et il est tenu de l'estimation. Par exemple, celui, qui a pris à loyer un cheval pour faire un voyage, ne peut se décharger de l'obligation de le rendre, en disant qu'il est mort dans le voyage par un cas fortuit; il faut qu'il justifie ce cas fortuit par le rapport de certificats de maréchaux ou autres gens du lieu auxquels il aura fait voir le cheval, lorsqu'il y est tombé malade.

Et si le locateur n'était pas trop éloigné peur pouvoir être appelé à la visite, il y devrait être appelé.

200. Pareillement, si la ehose a été détériorée sans la faute du conducteur, il lui suffit de la rendre telle qu'elle est; et il n'est pas, en ce cas, obligé de la rendre en bon état; mais il est obligé de justifier eemment cette détérioratien est arrivée; autrement elle sera présumée arrivée par sa faute.

Lorsque la détérieratien est de nature à pouvoir être aperçue d'abord, le locateur, à qui la chose a été rendue sans qu'il ait fait aucunes protestatiens en la reeevant, n'est plus recevable à s'en plaindre. Il en serait autrement, si la détérioratien était de nature à ne pas peuveir être aperçue d'abord; mais, même en ce cas, il ne doit être reçu que dans un temps très court, qui deit être laissé à l'arbitrage du juge, dans lequel il a pu s'apercevoir de la détérieratien.

CHAPITRE II.

Des obligations du conducteur, qui naissent de la bonne foi, de la Coutume, ou des clauses particulières.

ARTICLE PREMIER.

De celles qui naissent de la bonne foi.

201. La bonne fei eblige le cenducteur, 1° à n'user dans le centrat d'aucune tromperie, et nen seulement à ne point mentir, mais encore à ne rien dissimuler des bonnes qualités de la chese qui fait l'objet du contrat, dans la vue de l'avoir à meilleur marché du lecateur, qui ne la denneralt pas à si bon marché s'il en avait eu connaissance.

202. 2° Elle l'eblige à ne la point leuer au-dessous du juste pris.

Cette injustice est assez commune; il y a de bonnes métairies qui sont affermées depuis lengtemps au-dessous de la moitié de leur juste prix, et de celui auquel sont affermés les autres biens du lieu. Les fermiers profitent de l'ignoranee des propriétaires, qui seuvent n'ent pas la meindre cennaissance de leurs biens, peur se faire renouveler les baus de ces métairies teujours au même prix; et ils y font des prefits si censidérables, qu'ils sent en état de les acheter. Ces fermiers, quoiqu'bennêtes gens d'ailleurs, ne se font aucun scrupule de cette espèce d'injustice. Il est du deveir de leurs curés de les instruire sur cette matière.

Il y a, néanmoins, un cas auquel le cenducteur peut, sans blesser la justice, preodre à leyer une chese pour uu pris qu'il sait être au-desseus du juste prix; c'est lorsqu'il est dans cette dispositien de velonté, qu'il ne la prendrait pas si en voulait la louer pour son juste pris, et qu'il n'y a que le bon marché qui le porte à la prendre. En ce eas, en avertissant le lecateur que le pris qu'il lui en effre est au-dessous du juste prix, il peut licitement la prendre pour ee moindre pris, si le locateur, qui appréhende de ne pas trouver à la leuer, veut bien la lui donner à ce pris.

Par la même raison, je puis, sans blesser la justice, employer à quelque travail un pauvre ouvrier qui ne treuve pas d'euvrage, pour un prix au-dessens du juste pris, peurvu que l'euvrage auquel je l'emploie ne seit pas nécessaire, et que je ne l'eusse pas fait faire s'il en eût fallu payer le juste pris.

Ces deux ebligatiens regardent plus le fer intérieur que le fer extérieur.

203. 3° La benne foi eblige le conducteur à donner avis au locateur, pendant le cours du bail, de tout ce dont il a intérêt d'être informé touehant la chese louée.

C'est par ce principe que netre Coutume d'Orléans, *art.* 72, rend le fermier à qui une saisje féodale a été signifiée, responsable des demmages et intérêts du propriétaire de qui il la tient à ferme, lorsqu'il néglige de lui en donner avis.

4° La bonne fei eblige le locataire d'une maison à la faire voir aux persennes qui viennent la visiter peur l'acheter, lorsqu'elle est mise en vente; et pareillement aux personnes qui, dans la dernière aunée du bail, lersque le locateur a mis un écriteau pour la louer, viennent la visiter pour la prendre à leyer. Un locataire commet une très grande injustice, quand, pour ebliger le locateur à le laisser dans la maison pour le pris qu'il en veut denner, il écarte les personnes qui la viendraient voir, soit en supprimant l'écriteau, soit en refusant de faire voir la maison, ou en recevant mal les personnes qui la viennent voir.

ARTICLE II.

Des obligations du conducteur, qui naissent de la Coutume, ou de quelque clause particulière du bail.

204. Les Coutumes obligent le locataire d'une maison à la garnir de meubles suffisans pour répondre d'un certain nombre de termes de loyer à échoir. Notre Coutume d'Orléans, *art.* 417, oblige le locataire à la garnir pour deux termes à échoir. Le locateur doit pour cela assigner le locataire, pour qu'il soit condamné à quitter la maison, faute par lui de la garnir de meubles suffisans. Si le locataire soutient qu'elle est garnie, il y a lieu à la visite. Lorsque l'objet n'est pas de conséquence, l'usage du châtelet d'Orléans est, que le juge envoie visiter la maison par un huissier-priseur; et s'il paraît, par le procès-verbal de cet huissier, qu'elle n'est pas suffisamment garnie, il permet au locateur d'expulser le locataire, et de disposer de sa maison envers tel autre que bon lui semblera.

L'article de la Coutume ne concerne que les maisons. A l'égard des métairies, les fruits de la terre répondent des fermes. Le fermier peut néanmoins être contraint à garnir la métairie des meubles aratoires et des bestiaux nécessaires pour la faire valoir; et cette obligation naît de la nature même du bail; car étant obligé de jouir de la métairie en bon père de famille (*article précédent*) et de la cultiver, il s'ensuit qu'il doit avoir tout ce qui est nécessaire pour la culture.

205. Enfin le conducteur est obligé à s'acquitter de tout ce qu'il a promis par les clauses particulières du contrat.

Par exemple, c'est une clause ordinaire dans les baux des métairies, que le fermier fera les voitures des matériaux nécessaires pour les réparations des bâtimens de la métairie.

Le fermier, qui a contracté cette obligation n'est pas toujours obligé de faire ces voitures au jour indiqué par le propriétaire. Lorsque les travaux de la campagne sont pressans, comme dans le fort de la récolte, dans le temps des semences, le propriétaire ne doit pas exiger ces voitures; mais il doit attendre un temps plus commode à son fermier pour les faire, surtout lorsque les réparations ne sont pas pressantes.

Si elles sont pressantes, il faut entrer dans l'examen si le propriétaire est en faute d'avoir attendu à ce temps pour faire faire ces voitures; comme s'il y a long-temps que les réparations sont survenues, et qu'il en a été averti par son fermier. En ce cas, si le fermier est obligé de faire ces réparations dans le fort de ses travaux, il est bien fondé à demander au propriétaire quelque dédommagement de ce qu'il lui en coûte de plus pour ses voitures, que s'il les eût faites dans un temps plus commode.

206. Le fermier, qui a subi cette obligation, ne peut être obligé à aller chercher les matériaux dans des endroits éloignés, lorsqu'on en trouve de bons dans des endroits plus voisins de la métairie. Néanmoins si la différence de la distance des différens endroits est peu considérable, il est obligé d'aller quérir les matériaux à l'endroit qui lui est indiqué, quoiqu'un peu plus éloigné qu'un autre.

207. Enfin le fermier n'est obligé qu'aux voitures nécessaires pour les réparations à faire pour la métairie, eu égard à l'état où elle était lors du bail.

Si le propriétaire en change l'état; comme, par exemple, si une métairie était couverte en chaume, et que le propriétaire veuille la faire recouvrir en tuiles qu'il faille aller quérir loin, le fermier ne sera pas obligé à ce surcroît de voitures, auquel ce changement donne lieu. Car le propriétaire ne peut pas par son fait, et en changeant l'état de sa métairie, rendre plus dure l'obligation de son fermier, et l'assujettir à un plus grand nombre de voitures que celui auquel il s'était attendu.

208. Si pendant le cours du bail, la métairie, en sa plus grande partie, avait été incendiée, le fermier ne serait pas obligé, en vertu de la clause du bail, à faire toutes les voitures nécessaires pour la reconstruction de cette métairie. Car il n'a entendu s'obliger qu'aux voitures nécessaires pour des réparations d'entretien qui ont coutume de survenir dans le cours d'un bail, non à celles nécessaires pour une reconstruction entière, à laquelle a donné lieu un incendie qu'on n'a pas prévu.

209. C'est encore une convention assez fréquente dans les baux, que le fermier acquittera les cens et rentes seigneuriales.

Cette convention ne renferme que les redevances modiques. Si la ferme se trouvait chargée d'une rente considérable, quoique seigneuriale, le fermier n'en serait pas tenu en vertu de cette convention, s'il n'en avait pas eu connaissance.

210. Lorsque le locateur a chargé le fermier de l'acquittement des cens et rentes seigneuriales, sans lui indiquer à qui ces redevances étaient dues, et en quoi elles consistaient; si le fermier n'a pu en avoir connaissance, il ne sera pas tenu des frais faits par les seigneurs pour en être payés, ni des amendes et défauts; ce sera le propriétaire qui en sera tenu.

ARTICLE III

Si le locataire ou fermier d'un héritage est tenu des charges réelles et réparations de l'héritage, lorsqu'on ne s'en est pas expliqué.

§ I. DES CHARGES RÉELLES.

211. Le propriétaire, qui loue son héritage,

en conserve non seulement la propriété, mais encore la possession et la jouissance, car il en jouit par son fermier de qui il reçoit les fermes, qui lui tiennent lieu de jouissance et possession. D'où il suit que c'est le propriétaire qui doit supporter toutes les charges de l'héritage, et non point le fermier, qui ne possède point proprement l'héritage, n'en étant en possession qu'au nom de celui duquel il tient l'héritage à ferme.

Toutes les rentes foncières, soit seigneuriales, soit non seigneuriales, doivent donc être acquittées par le propriétaire, et non par le fermier, à moins qu'il n'en ait été expressément chargé par son bail.

212. Je pense qu'on pourrait en excepter le champart, et qu'il devrait être acquitté par le fermier; car le champart consistant en une portion des fruits, qui doit être laissée au seigneur de champart, le propriétaire, en affermant à son fermier la terre sujette au champart, est censé ne lui avoir affermé que l'autre partie des fruits qui lui reste.

Au reste, pour que le fermier soit tenu du champart, sans aucun recours contre le propriétaire qui lui a fait le bail, il faut qu'il n'ait pu ignorer cette charge, et par conséquent que le seigneur de champart fût en possession actuelle, et depuis long-temps, de ce champart, en telle sorte qu'il n'ait pu être ignoré dans le pays.

213. Il y a beaucoup moins de difficulté à décider que la dîme doit être acquittée par le fermier, et non par le propriétaire; car la dîme n'est pas une charge du fonds, ce n'est pas un droit foncier, c'est une louable coutume, qui, par la force de la Coutume, a passé en obligation. Ce n'est donc pas une charge du fonds dont le possesseur du fonds doive être tenu; mais c'est le fermier, qui perçoit les fruits, qui la doit acquitter, parce qu'elle n'est due que sur les fruits, et en vertu de l'usage dans lequel sont ceux qui perçoivent les fruits, de la payer.

214. Les impositions qui se font sur les héritages, sont charges du fonds, telles que sont les impositions du dixième, du vingtième, les impositions pour ban, arrière-ban, fortifications, pavé, etc. C'est par conséquent le propriétaire ou possesseur, qui en est tenu, et non le fermier ou locataire.

Il est vrai que, selon les édits ou lettres patentes portant établissement de ces impositions, les fermiers ou locataires sont contraints à payer ces impositions; mais ils en doivent être acquittés par le locateur, à qui ils retiennent sur les loyers ou fermes ce qu'ils ont payé pour lesdites impositions.

215. Les impositions, qui se font pour réparations à faire aux églises paroissiales, sont d'une nature mixte; elles sont charges du fonds pour une portion, et charges personnelles du fermier ou locataire qui est paroissien, pour l'autre portion. Comme les églises paroissiales concernent principalement et immédiatement l'utilité des habitans, il est juste que les locataires et fermiers qui sont habitans et paroissiens contribuent à l'entretien desdites églises avec les propriétaires des fonds : la portion, à laquelle ils doivent contribuer, est ordinairement réglée au tiers du taux auquel la maison ou métairie, dont ils sont locataires ou fermiers, a été imposée par ces sortes de tailles.

216. Le locataire ou fermier étant tenu de contribuer pour un tiers à ces impositions, en sa qualité d'habitant et de paroissien, il s'ensuit, 1° que si le locataire a sous-baillé toute la maison, c'est le sous-locataire, comme habitant et paroissien, qui est tenu du tiers de cette imposition, et non pas le locataire; et s'il l'a sous-baillée pour partie, le sous-locataire est tenu d'une partie du tiers de la taxe, à proportion de la partie qu'il occupe.

217. 2° Il s'ensuit que le locataire d'un magasin, ou d'autres bâtimens destinés à renfermer ou à débiter des marchandises, ne doit point son tiers du taux de la taille d'église imposée sur ces sortes de bâtimens, qui ne sont point destinés pour l'habitation de ce locataire qui a son domicile ailleurs; car n'étant ni habitant, ni paroissien, il n'a aucune qualité qui le rende contribuable. C'est en conséquence de ces principes qu'il a été jugé par sentence du bailliage d'Orléans, il y a quelques années, que les bouchers, locataires de la grande boucherie, ne devaient porter aucune part du taux imposé sur la grande boucherie, pour les réparations à faire à l'église de Saint-Hilaire, et qu'elle devait être portée en entier par les propriétaires.

Observez que, dans la répartition de la taxe, ces bâtimens, qui ne servent pas pour l'habitation d'un paroissien, doivent être imposés à un tiers de moins que les maisons; autrement le propriétaire de ce magasin, ou autre bâtiment semblable, qui, n'ayant point de locataire paroissien, doit porter son taux entier, se trouverait porter plus que sa part des deux tiers de l'imposition due par les propriétaires.

A l'égard des maisons occupées par les propriétaires, elles doivent être taxées comme les maisons louées, parce que le propriétaire étant en même temps paroissien, doit contribuer à l'imposition dans les deux qualités.

218. De même que le fermier d'un héritage, quoiqu'il perçoive tous les fruits de l'héritage, n'est pas tenu des charges réelles, s'il n'en a été expressément chargé par le bail, de même le fermier d'une justice, quoiqu'il perçoive à

son profit les fruits de la justice, tels que sont les amendes, n'est pas néanmoins tenu de fournir aux dépens des poursuites qui sont faites à la requête du procureur fiscal contre les criminels, s'il n'en a été expressément chargé, non plus que des autres frais qui sont des charges du droit de justice, tels que sont les gages des officiers, les réparations de l'auditoire, etc.

§ II. DES RÉPARATIONS.

219. Le propriétaire ou possesseur est tenu de toutes les réparations à faire à l'héritage qu'il a donné à loyer.

Il y a néanmoins certaines menues réparations qu'on appelle *locatives*, dont l'usage a chargé les locataires des maisons.

Le fondement de cet usage est, qu'elles proviennent ordinairement de la faute des locataires ou de leurs gens, ou des personnes qu'ils introduisent chez eux, et dont ils sont responsables.

Pour juger quelles réparations sont locatives, on doit donc tenir cette règle; que ce sont les menues réparations qui ont coutume de provenir de la faute des locataires ou de leurs gens, et qui ne proviennent pas de la vétusté ou mauvaise qualité des parties dégradées.

220. Desgodets, en son livre des Lois des bâtimens, *part.* 2, *sur l'art.* 172 *de la Coutume de Paris, n.* 10, rapporte, parmi ces réparations, celles qui sont à faire aux âtres et contrecœurs de cheminées, parce que la présomption est que c'est, ou par la violence d'un trop grand feu, ou par le choc des bûches jetées sans précaution, qu'ils ont été dégradés, et par conséquent par la faute des locataires ou de leurs gens. On présume la même chose à l'égard des plaques de fonte qui servent de contre-cœurs, lorsqu'elles se trouvent cassées, et le locataire en doit fournir d'autres.

Par la même raison, le locataire doit faire recrépir le bas des murailles des chambres, quand il se trouve dégradé; la présomption étant que cette dégradation vient de ce qu'on a appuyé sans précaution des meubles contre lesdites murailles.

A l'égard des pavés et carreaux, lorsque tout un pavé est mauvais par vétusté, il est évident que la réparation de ce pavé n'est pas à la charge du locataire; mais lorsque le pavé étant bon, il se trouve quelques pavés ou carreaux de manque, ou cassés, ou ébranlés, la présomption est que c'est par la faute du locataire ou de ses gens, et il est tenu d'en remettre d'autres.

Goupi, en ses notes sur Desgodets, excepte de cette règle les pavés des grandes cours ou des écuries qui se trouvent cassés : ces cours étant destinées à supporter des chariots, des charrettes et autres choses de grand poids, et les écuries étant destinées à recevoir des chevaux qui battent du pied : lorsqu'il s'y trouve des pavés cassés, on n'en doit pas attribuer la faute au locataire, mais au paveur, qui a employé des pavés trop minces, ou qui a trop épargné le ciment. Goupi décharge aussi le locataire de la réparation des pavés qui ne sont pas cassés, mais seulement ébranlés dans les petites cours et dans les cuisines, parce que c'est un effet des intempéries de l'air dans les cours, ou du lavage qu'il est nécessaire de faire dans les cuisines.

Le locataire est tenu de remettre des losanges ou carreaux de vitres, et des verges de fer pour les soutenir, à la place desdites vitres ou verges qui se trouvent de manque ou qui sont cassées, la présomption étant que c'est par la faute du locataire ou de ses gens, à moins que les vitres n'eussent été cassées par la grêle, et à l'égard des verges, à moins qu'on ne reconnût qu'elles ont été cassées *vitio materiæ, putà*, par quelque paille. Mais la réparation pour remettre les panneaux en plomb, n'est pas à la charge du locataire; cette réparation n'étant pas censée causée par la faute du locataire, mais par la vétusté des plombs. Desgodets et Goupi comprennent aussi dans les réparations locatives les lavages des vitres.

Enfin, entre les différentes choses dont une maison est composée, telles que sont les portes, croisées, volets, planches de cloisons ou de fermeture de boutique, râteliers, gonds, pentures, serrures, targettes, barreaux, lorsqu'il s'en trouve quelques unes de manque, ou détachées par violence, ou cassées, ou endommagées autrement que par vétusté, ou par leur mauvaise qualité, le locataire est obligé de réparer celles qui peuvent se réparer, d'en substituer d'autres à la place de celles qui ne peuvent se réparer, ou qui se trouvent de manque, la présomption étant que toutes ces choses se sont trouvées en bon état, lorsque le locataire est entré en jouissance sans s'en plaindre, et que c'est par sa faute qu'elles se trouvent de manque ou qu'elles sont endommagées. C'est pourquoi c'est un conseil très judicieux que Goupi donne aux locataires de bien examiner, avant que d'entrer en jouissance d'une maison, les choses qui y manquent, ou qui sont endommagées, et de s'en faire donner une reconnaissance par le bailleur.

221. Lorsqu'il y a un jardin dans les maisons qui sont louées, l'entretien du jardin est une charge du locataire, qui doit le mettre en aussi bon état qu'il était lorsqu'il est entré en jouissance; et lorsqu'on ignore en quel état il était alors, il est présumé avoir été en bon état.

A l'égard des vases et pots de fleurs qui servent à l'ornement du jardin, et des bancs que le propriétaire y a laissés en donnant la maison à loyer, Goupi fait une distinction : il dit qu'à l'égard des vases de faïence, de fonte ou de fer, des caisses de bois, et des bancs de bois, lorsqu'ils sont cassés ou dégradés autrement que par vétusté, la présomption est que c'est par la faute du locataire ou de ses gens, et qu'en conséquence il est tenu de les réparer ou d'en substituer d'autres; mais qu'à l'égard des vases de marbre, de pierre ou de terre cuite, aussi bien que des bancs de pierre, la dégradation de ces choses pouvant venir de l'intempérie de l'air, le locataire n'en est point tenu, à moins que le propriétaire ne prouve qu'ils ont été rompus par violence.

222. Il n'est pas douteux que le ramonage des cheminées est une charge des locataires, et que si le feu prenait à une cheminée faute d'avoir été ramonée, et qu'en crevant par sa violence le tuyau, il causât un incendie, le locataire serait tenu de tout le dommage que l'incendie aurait causé, à moins qu'il ne se fût trouvé dans le tuyau quelque bois; auquel cas ce serait par le défaut de la construction de la cheminée que l'incendie serait arrivé, et le locataire n'en serait pas tenu : c'est ce qu'observe Goupi. Au contraire, il n'est pas moins certain que le curement des privés est une charge du bailleur, et non des locataires. A l'égard des curemens des puits, Desgodets en charge les locataires, parce que ce sont les pierres et autres choses que les locataires ou leurs gens y laissent tomber par leur faute, qui donnent lieu à ce curement; mais lorsque, dans des années de sécheresse, les eaux étant baissées, il faut percer le tuf pour faire venir l'eau, ce doit être aux frais du bailleur.

223. Lorsque deux locataires principaux ont chacun par leur bail la communauté d'un escalier qui conduit à l'appartement de chacun d'eux, Goupi décide qu'aucun d'eux ne doit être tenu des réparations locatives de cet escalier, dont serait tenu celui qui serait seul locataire, telles que celles des vitres et des carreaux cassés. Goupi fonde son avis sur ce moyen : La raison, dit-il, qui fait charger les locataires des réparations locatives, étant la présomption qu'elles proviennent de leur faute, ils ne doivent pas en être chargés dans cette espèce, parce qu'y ayant deux locataires principaux de l'escalier, et n'y ayant pas de raison de présumer que ces réparations proviennent de la faute de l'un plutôt que de l'autre, on ne peut pas présumer qu'elles proviennent de la faute d'aucun d'eux. Je ne suis pas de l'avis de Goupi : la réponse au raisonnement sur lequel il se fonde est, que la présomption que les réparations locatives viennent de la faute du locataire, n'est pas la cause prochaine qui oblige le locataire à les faire. Cette présomption a pu donner lieu à l'usage qui l'y a assujetti; mais l'usage une fois établi, la cause prochaine de l'obligation que tous les locataires contractent de faire ces réparations est que, suivant la règle, *In contractibus tacitè veniunt ea quæ sunt moris et consuetudinis*, les locataires se sont tacitement soumis à la charge des réparations qu'il est d'usage que les locataires supportent.

224. Les fermiers des héritages de campagne, à l'égard des bâtimens qu'ils occupent, sont tenus des menues réparations dont nous avons dit qu'étaient tenus les locataires des maisons. Desgodets les charge des entretiens des haies et du curement des fossés; ce qui me paraît juste, lorsque ce curement a coutume de se renouveler dans un temps qui n'excède pas celui de la durée des baux; car, en ce cas, il fait partie de la culture.

225. Sur les réparations locatives dont les fermiers ou locataires des différentes espèces d'héritages doivent être tenus, il faut s'en rapporter aux différens lieux.

QUATRIÈME PARTIE.

De ce qui concerne l'exécution du contrat de louage, et des droits que ce contrat donne au locateur et au conducteur.

CHAPITRE PREMIER.

Des droits des locateurs des maisons et métairies.

226. Les locateurs des maisons et métairies, outre l'action personnelle *ex conducto* qui naît de l'obligation que le conducteur a contractée envers eux, dont nous avons traité au chapitre précédent, ont plusieurs autres droits qui leur ont été accordés par les lois et les Coutumes, savoir, 1° une espèce de droit de gage sur les fruits des terres louées, et sur les meubles servant à l'exploitation des maisons louées, dont nous traiterons dans le premier article de cette section; 2° un droit de préférence aux créanciers sur lesdits effets; 3° un droit de suite; 4° différens droits ou de gagerie ou d'exécution, selon les différentes Coutumes. Nous traiterons séparément de chacun de ces droits dans quatre articles.

C'est aussi un privilége des seigneurs d'hôtel et de métairie, que le paiement des loyers ou fermes qui leur sont dus, ne puisse être arrêté par aucunes lettres de répit ni d'état qu'auraient obtenues les locateurs ou fermiers; *Paris, art.* 111; *Orléans*, 424. Voici encore un droit particulier des locateurs de métairies : quoique la dette d'un fermier de métairie soit en soi purement civile, qu'elle n'emporte pas la contrainte par corps, et que l'Ordonnance de 1667, *tit.* 34, *art.* 7, ait défendu de stipuler la contrainte par corps pour les dettes civiles qui ne sont pas de nature à emporter cette contrainte; néanmoins ladite Ordonnance, *art.* 7, permet aux locateurs de métairie de stipuler cette contrainte dans les baux à ferme des biens de campagne.

Observez aussi que le fermier, qui s'y est soumis, n'est pas reçu au bénéfice de cession. Louet et Brodeau, *l. C, art. dern.*, en rapportent plusieurs arrêts.

ARTICLE PREMIER.

De l'espèce de droit de gage qu'ont les locateurs sur les fruits et sur les meubles qui servent à l'exploitation des maisons.

§ I. QUELLE EST L'ORIGINE DE CE DROIT.

227. Ce droit tire son origine des lois romaines. Elles accordaient aux locateurs des biens de campagne une hypothèque tacite sur les fruits qui étaient nés durant le temps du bail, pour le paiement des fermes et des autres obligations du fermier résultantes du bail : *In prædiis rusticis fructus qui ibi nascuntur, tacitè intelliguntur pignori esse domino fundi locati, etiamsi nominatim id non convenerit; l.* 7, ff. *in quib. caus. pign.*

Les mêmes lois romaines accordaient aux locateurs des maisons une hypothèque tacite sur les meubles que le locataire y avait fait porter ou conduire, pour le paiement des loyers et autres obligations résultantes du bail : *Eo jure utimur, ut quæ in prædia urbana inducta illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacitè convenerit; l.* 4, ff. *dict. tit.*

Elles accordaient ce droit d'hypothèque tacite, non seulement dans les baux des maisons, c'est-à-dire, des édifices loués pour servir à l'habitation du locataire, mais pareillement dans les baux des auberges, magasins, cours, boutiques et autres héritages semblables; *l.* 3, *l.* 4, § 1, ff. *dict. tit.*

Mais elles ne donnaient aux locateurs de métairies aucune hypothèque sur les meubles qui occupaient les métairies, l'hypothèque qu'elles leur accordaient sur les fruits nés dans les terres desdites métairies devant leur suffire; *dict. l.* 4.

228. Les Coutumes, à l'imitation des lois romaines, ont accordé aux locateurs d'héritages une espèce de droit de gage sur les fruits et sur les meubles. Celle de Paris, *art.* 171, et notre Coutume d'Orléans, *art.* 415 et 416, ont même été plus loin; car elles accordent aux locateurs de métairies une espèce de droit de gage, non seulement sur les fruits qui y naissent, mais même sur les meubles que les fermiers ont dans lesdites métairies, tel que l'ont les locateurs des maisons de ville.

A l'égard des Coutumes qui ne s'en sont pas expliquées, il se trouve au premier tome du Journal des Audiences, VIII, 25, un arrêt du 22 novembre 1655, qui a jugé que les locateurs des métairies et biens de campagne n'avaient ce droit que sur les fruits, conformément aux lois romaines, et non sur les meubles; la Coutume de Paris qui l'accorde, ne devant pas à cet égard faire loi hors de son territoire. Il ne paraît pas que cet arrêt ait été suivi; car Basnage, en son Traité des hypothèques, atteste que c'est un usage général de la France coutumière, que le locateur des métairies ait ce droit sur les meubles comme sur les fruits.

229. Il nous reste à observer une différence entre notre droit et le droit romain, à l'égard du droit des locateurs sur les fruits et sur les meubles. Selon le droit romain, ce droit était une hypothèque parfaite que le locateur conservait, en quelques mains que passassent les choses qui y étaient sujettes. Mais dans notre droit, lorsque les fruits et les meubles ont été déplacés de la métairie ou de la maison où ils étaient, et que le locateur a manqué de les saisir dans le court délai qui lui est accordé pour cela, et dont nous parlerons *infrà*, *art.* 3, son droit s'évanouit.

Cette décision a lieu, quand même le fermier ou locataire demeurerait propriétaire desdites choses; il suffit qu'elles aient été déplacées de la maison, ou métairie, et que le locateur ait omis de les suivre, pour qu'il ne soit plus recevable à prouver que les fruits, qui se trouvent dans un autre lieu, sont ceux qui sont nés dans sa métairie, et que les meubles sont ceux qui ont été déplacés de sa maison.

Cela a lieu, à bien plus forte raison, lorsque ces choses ne sont plus en la possession du fermier ou locataire qui les a aliénées, par la règle générale, qu'en France, les meubles n'ont pas de suite par hypothèque.

§ II. COMMENT SE CONTRACTE CE DROIT, A QUI EST-IL ACCORDÉ?

230. Ce droit se contracte par le bail à ferme ou à loyer qui est fait de l'héritage, le bail ne fût-il que verbal.

231. Il est accordé aux *seigneurs d'hôtel et de métairie*, non en leur qualité de seigneurs ou propriétaires de l'hôtel ou de la métairie, mais en leur qualité de locateurs desdits hôtels et métairies: c'est à cette qualité que sont attachés ce droit et les autres dont nous traiterons dans les articles suivans. C'est pourquoi ce droit réside non seulement dans le propriétaire qui loue la maison qui lui appartient, mais dans l'usufruitier ou le possesseur qui loue la maison ou métairie dont il a l'usufruit ou la possession.

Le même droit est acquis au seigneur féodal qui a saisi féodalement la maison ou métairie de son vassal, ou qui jouit du revenu de l'année pour son droit de rachat, soit que ce soit lui-même qui ait fait le bail, soit que ce soit le vassal.

Il faut dire la même chose dans notre Coutume d'Orléans, du seigneur de censive qui jouit du revenu de l'année pour le droit de relevoison à plaisir.

Il y a plus: un simple locataire, qui a sous-baillé la maison ou la métairie qu'il tenait à loyer, a le même droit sur les meubles du sous-locataire et sur les fruits.

232. Un tiers, qui a payé le locateur de ce qui lui était dû par le locataire, succède à ce droit pour la répétition de tout ce qu'il a payé pour le locataire, et exerce à cet égard tous les droits du locateur.

§ III. A QUELLES CHOSES S'ÉTEND CE DROIT.

233. Ce droit s'étend, comme nous l'avons déjà dit, à tous les fruits, de quelque nature qu'ils soient, qui ont été recueillis sur les terres de la métairie, tels que sont les blés et grains de toutes espèces, foins, bois, vins, cidres, etc.

Ces fruits me sont obligés non seulement lorsqu'ils ont été recueillis par le principal locataire; ils me le sont pareillement lorsqu'ils l'ont été par ses sous-locataires; car mon fermier principal n'a pas pu, en sous-baillant, me priver de ce gage.

234. Les sous-fermes, qui sont dues à mon fermier principal, sont comme des fruits civils, et sont en conséquence sujettes à mon droit; mais je dois choisir, ou de me venger sur les fruits perçus par ce sous-locataire, ou sur la sous-ferme qu'il doit; car, comme il ne peut devoir de sous-ferme qu'autant qu'il perçoit les fruits des héritages qui lui ont été sous-baillés, si je lui enlève ces fruits en vertu de mon droit, il n'y a plus de sous-ferme que je puisse saisir.

235. Ce droit comprend aussi les meubles qui servent à l'exploitation des métairies et des maisons, non seulement ceux du principal locataire, mais aussi ceux des sous-locataires; sauf que

ceux de chaque sous-locataire n'y sont sujets que jusqu'à concurrence du loyer de la portion de la maison que ce sous-locataire occupe : *In eam duntaxat summam invecta mea et illata tenebuntur, in quam (ego abconductor) cœnaculum conduxi*; *l.* 11, § 5, ff. *de pign. act.*

La Coutume de Paris a suivi cette disposition de droit en l'article 162 : « S'il y a des sous-« locatifs, peuvent être pris leurs biens pour « ledit loyer et charges du bail; et néanmoins « leur seront rendus, en payant le loyer pour « leur occupation. » Cette disposition doit avoir lieu dans les Coutumes qui n'en ont point de contraires.

236. De ce que le sous-locataire n'engage ses meubles que jusqu'à concurrence de son loyer, Basnage, en son Traité des hypothèques, en conclut, après Barthole, que les meubles de celui à qui le locataire a donné l'habitation gratuite d'une partie de la maison, ne sont point obligés au locateur, si ce n'est aux menues réparations de son appartement, dont il est tenu comme un sous-locataire. Cette décision ne me paraît pas bonne. Un seigneur d'hôtel, qui compte, pour la sûreté de ses loyers, sur les meubles dont il voit sa maison garnie, serait trompé si la maison, ou presque toute la maison, se trouvait occupée par différens particuliers qui diraient que le principal locataire leur a accordé une habitation gratuite; il me paraît équitable que leurs meubles soient obligés au loyer, à proportion de la partie qu'ils occupent.

237. Notre Coutume d'Orléans s'est écartée de la disposition du droit romain; elle assujettit les meubles du sous-locataire de la partie de la maison au paiement de tous les loyers, et non pas seulement à proportion de ce qu'il occupe : d'où il suit qu'elle y assujettit aussi ceux de celui qui aurait une habitation gratuite. Voici les termes de sa disposition en l'article 408 : « Le « seigneur d'hôtel peut faire exécution sur tous « les meubles qu'il trouve en son hôtel, pour « le paiement des loyers qui lui sont dus, en-« core que celui, sur lequel l'exécution sera « faite, ne tînt que partie de la maison. »

Notre Coutume, par cet article, donne au seigneur d'hôtel, pour ses loyers, un droit indéfini sur les meubles du sous-locataire qui n'occupe que partie de la maison, et ne le limite point à ce qui est dû pour la portion qu'il occupe. Ce droit est exorbitant, et particulier à notre Coutume.

238. Cette disposition de notre Coutume donne lieu à une question. Une maison a été sous-baillée par parties à six locataires; le seigneur d'hôtel a exécuté les meubles de Titius, l'un des six sous-locataires; Titius a payé tout ce qui était dû au seigneur d'hôtel, et a été subrogé à ses droits : Titius pourra-t-il exécuter les meubles de chacun des autres sous-locataires pour le total des loyers qu'il a payé, sa portion seulement confuse, ou seulement pour un sixième? La raison de douter, est que Titius exerce les droits du seigneur d'hôtel, d'où il semble suivre que, de même que le seigneur d'hôtel avait le droit d'exécuter les meubles de chacun de ces sous-locataires pour le total de ses loyers, Titius, qui exerce ses droits, doit l'avoir de même. La raison de décider au contraire, est que le seigneur d'hôtel n'avait le droit de se venger sur les meubles de chacun de ces sous-locataires, pour le total, qu'à la charge de lui céder tous ses droits. Titius, qui est subrogé aux droits du seigneur d'hôtel, et qui n'agit que comme *procurator in rem suam* du seigneur d'hôtel, doit donc aussi les céder à chacun de ces sous-locataires qui paierait le total. Mais ce sous-locataire, qui aura remboursé Titius de tout ce qu'il a payé au seigneur d'hôtel, devenant lui-même subrogé à tous les droits du seigneur d'hôtel, aura le droit, sur les meubles de Titius, que le seigneur d'hôtel avait; et par ce moyen, après avoir payé Titius, il obligera à son tour Titius à lui rendre ce qu'il lui a payé. Pour éviter ce circuit de droits et d'actions, il faut décider que le sous-locataire, qui a payé le total, ne peut se venger sur les meubles de chacun des sous-locataires que pour la portion de chacun.

Si l'un des sous-locataires n'avait pas de quoi satisfaire à sa portion, cette caducité devrait se répartir entre tous les autres.

239. Observez que l'article de la Coutume d'Orléans doit s'entendre des sous-locataires, mais non d'un principal locataire à qui le seigneur d'hôtel aurait loué séparément une partie de sa maison. Il est évident que les meubles de ce principal locataire d'une partie de maison ne peuvent être affectés qu'au loyer de cette partie, car lorsqu'un seigneur d'hôtel loue séparément différentes parties de sa maison à différentes personnes, ce sont autant de baux séparés qu'il y a de différentes parties.

240. Lalande prétend aussi que cette disposition de notre Coutume ne doit pas s'entendre du sous-locataire, dont le sous-bail aurait été expressément consenti par le propriétaire; mais sa décision ne me paraît pas juste; personne n'est facilement présumé renoncer à ses droits. Le fait, dont on voudrait induire cette renonciation, doit être tel, qu'il ne puisse pas paraître avoir été fait par un autre motif. Or c'est ce qu'on ne peut pas dire en cette espèce : le propriétaire, qui consent au sous-bail, peut n'y consentir que pour déclarer, par ce consentement, qu'il reconnaît le sous-locataire comme une personne recevable, à qui le sous-bail a pu

être fait, et non pas pour renoncer à son privilége et au droit qu'il a sur tout ce qui exploite sa maison.

Si le propriétaire avait expressément déchargé le principal locataire du loyer de la partie sous-baillée, et qu'il eût accepté le sous-locataire pour son locataire; en ce cas, il ne serait pas douteux que les meubles de ce sous-locataire ne répondraient que de son loyer, et non pas de celui du premier locataire; car le propriétaire, par cette décharge, fait de ce sous-locataire un principal locataire, et du sous-bail un bail séparé de cette partie de maison.

241. Ce droit, que nos Coutumes accordent aux locateurs de maisons ou métairies, comprend non seulement les meubles qui appartiennent aux fermiers ou locataires, et aux sous-locataires; il comprend encore ceux qui appartiennent à des tiers, lorsque c'est de leur consentement, ou exprès ou tacite, qu'ils garnissent et occupent la maison.

Par exemple, si un tapissier a donné à loyer des meubles à mon locataire pour meubler la maison qu'il tient de moi, les meubles de ce tapissier, quoiqu'ils n'appartiennent point à mon locataire, seront obligés à mes loyers et à toutes les obligations du bail, tout comme s'ils appartenaient à mon locataire; et en conséquence, si je les saisis, le tapissier n'en pourra demander la récréance.

Cette décision est fondée, 1° sur les textes de notre Coutume d'Orléans. Il est dit, *art.* 408, que le seigneur d'hôtel peut faire exécution *sur tous les meubles qu'il trouve en son hôtel,* sans distinguer s'ils appartiennent ou non à son locataire; et, en l'article 456, il est dit *que si un créancier,* AUTRE QUE DE LOYER DE MAISON, *arrérages de rentes foncières, en maison,* fait prendre par exécution aucuns biens meubles qu'il prétend appartenir à son débiteur, et qu'un tiers opposant maintienne lesdits biens lui appartenir, il y sera reçu. Donc, *à contrario,* lorsque c'est un créancier de loyers de maison ou ferme qui saisit les choses qui sont dans sa maison ou métairie, celui qui s'en prétend le propriétaire n'est pas reçu à les réclamer; donc ils sont obligés aux loyers.

2° Notre décision est fondée sur l'usage constant qui a donné cette interprétation à ces dispositions de Coutumes.

Les Coutumes, suivant qu'il paraît par un grand nombre de leurs dispositions, ayant apporté tout le soin imaginable à procurer la sûreté du paiement des fermes des métairies et des loyers des maisons, dans lesquels consistent le principal revenu des citoyens, et d'où dépend l'entretien de leurs familles, il aurait manqué quelque chose à leur prévoyance, si elles n'eussent pas assujetti au droit des seigneurs d'hôtel et métairies tous les meubles qu'ils y trouvent; car sans cela un seigneur d'hôtel serait tous les jours exposé à perdre ses loyers. Lorsqu'il loue sa maison, il ne connaît pas ordinairement la fortune de son locataire; il ne peut compter que sur les meubles qui apparaissent en sa maison, et il ne peut savoir s'ils appartiennent à son locataire ou non. Il est donc nécessaire pour sa sûreté, que ses meubles lui soient obligés, soit qu'ils appartiennent ou non à son locataire.

On opposera qu'il répugne aux principes de droit, et même à la nature des choses, que les meubles qui n'appartiennent pas au locataire soient obligés; car les meubles, qui exploitent une maison, ne sont obligés que parce que le locataire est censé les avoir tacitement obligés; mais il ne peut pas obliger les choses qui ne lui appartiennent pas: *Res aliena pignori dari non potest; l.* 6, *Cod. si alien.* Personne ne peut accorder à un autre un droit sur une chose dans laquelle il n'a lui-même aucun droit, suivant la règle: *Nemo plus juris ad alium transferre potest, quàm ipse habet; l.* 55, *ff. de reg. jur.* La réponse est qu'on ne peut, à la vérité, obliger la chose d'autrui sans le consentement de celui à qui elle appartient; mais on le peut avec son consentement: *Aliena res pignori dari voluntate domini potest; l.* 20, *de pign. act.* Or celui, qui prête ou qui loue des meubles à mon locataire, ou qui, pour quelque autre raison, les place chez lui, est censé, en souffrant qu'ils garnissent ma maison, consentir qu'ils soient obligés au loyer, parce qu'il sait ou doit savoir que tout ce qui occupe une maison répond des loyers et de toutes les obligations du bail.

242. Cette décision a lieu, quand même celui, qui a prêté ou donné à loyer des meubles à mon locataire, aurait, par l'acte qui contient ce prêt ou ce louage, et qui est passé à mon insu, expressément protesté qu'il n'entendait point consentir que ces meubles me fussent obligés; car cet acte qui est passé à mon insu ne peut me préjudicier.

Il est vrai que, *subtili jure,* ces meubles ne me sont pas obligés, parce qu'on ne peut pas présumer, en ce cas, le consentement du propriétaire, qui a expressément déclaré le contraire; mais ce propriétaire m'ayant induit en erreur par cet acte passé à mon insu, est tenu envers moi *actione de dolo, in id quanti meâ interest non esse deceptum.* Or, ces dommages et intérêts consistent à ce que je puisse me venger sur ces meubles tout comme s'ils m'étaient véritablement obligés, ainsi qu'il m'avait donné lieu de le croire.

243. Des principes que nous avons établis, il suit que pour que les meubles, qui n'appartiennent pas au locataire, soient obligés aux loyers,

il faut que ce soit par la volonté du propriétaire desdits meubles qu'ils aient été introduits dans la maison louée. S'ils y ont été introduits sans la volonté du propriétaire, en ce cas, le locateur n'y peut prétendre de droit, n'y ayant, en ce cas, aucune raison sur laquelle il puisse être fondé. C'est pourquoi si, par exemple, on a volé des meubles à quelqu'un, et que le voleur, ou celui qui les a acquis du voleur, en ait garni la maison qu'il tient de moi à loyer, je ne pourrai en contester la récréance au propriétaire, lorsqu'il aura justifié que ces meubles lui ont été volés, et qu'il les aura fait reconnaître pour lui appartenir : car on ne peut pas dire que ce soit par sa volonté que ces meubles aient été introduits dans ma maison.

244. Si une personne vend des meubles à mon locataire sans jour et sans terme, et que, dans l'espérance de recevoir son argent comptant, il les laisse enlever et porter en la maison que mon locataire tient de moi, pourrai-je prétendre qu'ils me sont obligés, et empêcher qu'il ne les revendique peu après, faute de paiement? Je pense que non : car le vendeur étant supposé avoir vendu sans terme et au comptant, et par conséquent n'avoir voulu se dessaisir de la chose qu'autant qu'on le paierait, on ne peut pas dire qu'il ait consenti à ce qu'elle fût obligée à mes loyers.

Mais s'il avait tardé un temps un peu considérable à redemander sa chose, faute de paiement, il résulterait de ce retard une présomption qu'il aurait bien voulu suivre la foi du locateur, et par conséquent lui en transférer la propriété; auquel cas nul doute que cette chose ne soit obligée à mes loyers, puisque mon locataire en est devenu le propriétaire.

245. Les meubles, pour être sujets au droit que la Coutume accorde au locateur, doivent exploiter la maison ou métairie qui a été louée. Quels sont les meubles qui sont censés exploiter? Ce sont ceux qui paraissent y être pour y demeurer, ou pour y être consommés, ou pour garnir la maison. C'est ce qui est décidé par la loi 7, § 1, ff. *in quib. caus. pign. tacit. Videndum ne non omnia illata vel conducta, sed ea sola quæ, ut ibi sint, illata fuerint, pignori sint? quod magis est.*

Les choses qui sont dans une maison, non pour y rester ni pour la garnir, mais qui y sont comme en passant, ne peuvent donc point passer pour choses qui exploitent et garnissent la maison, et ne sont point obligées au locateur.

Cela doit surtout avoir lieu à l'égard des choses qui n'appartiennent pas au locataire. Suivant ces principes, les effets des voyageurs, qui se trouvent dans une auberge, ne sont point obligés aux loyers de cette auberge, et ne peuvent être saisis par le seigneur d'hôtel : car on ne peut pas dire qu'ils exploitent l'auberge, qu'ils la garnissent, puisqu'ils n'y sont qu'en passant.

Par la même raison, le linge, que l'on donne à une blanchisseuse pour le blanchir, l'étoffe que l'on donne à un tailleur pour faire des habits, les montres qu'on donne à un horloger pour les raccommoder, les livres qu'on donne à un relieur pour les relier, et autres choses semblables, ne sont point censées exploiter les maisons de ces personnes, et ne répondent point des loyers qu'elles en doivent.

246. Pareillement, si quelqu'un a donné à mon locataire quelques meubles en dépôt ou en nantissement, qu'il tient enfermés, et qui ne sont point en évidence, ces meubles ne doivent pas m'être obligés; car on ne peut pas dire qu'ils soient dans ma maison pour y demeurer, mon locataire étant obligé de les rendre à celui qui les a déposés, aussitôt qu'il les redemandera, ou à son débiteur qui les lui a donnés en nantissement, aussitôt qu'il paiera. D'ailleurs je n'ai point dû compter, pour mes loyers, sur ces effets qui n'étaient point en évidence, et que mon locataire, qui n'en avait que la garde, et non l'usage, devait tenir enfermés.

Mais si les meubles, qui ont été déposés ou donnés en nantissement à mon locataire, étaient des meubles de nature à être mis en évidence, et à garnir une maison, ils doivent répondre des loyers; autrement, ne sachant point à quel titre mon locataire les tient, et comptant sur les meubles qui garnissent ma maison, je serais induit en erreur. On peut dire, en ce cas, que celui, qui les a donnés en dépôt ou en nantissement à mon locataire, en consentant qu'ils fussent introduits en ma maison, et qu'ils la garnissent, a tacitement et virtuellement consenti qu'ils me fussent obligés.

247. On ne peut pas dire la même chose dans le cas d'un dépôt nécessaire, comme si, dans le cas d'un incendie, un voisin a fait porter dans la maison de mon locataire ses meubles, pour les préserver des flammes; on ne peut pas, en ce cas, supposer qu'il ait consenti qu'ils garnissent ma maison, et répondissent de mes loyers, à moins qu'il ne les y eût laissés long-temps après le péril passé.

248. A l'égard des meubles qui appartiennent aux locataires ou sous-locataires, ils sont obligés, soit qu'ils soient en évidence, soit que ce soient des effets renfermés, tels que des bijoux et autres choses semblables; car il suffit qu'ils soient dans la maison pour y demeurer, c'est-à-dire, qu'ils n'y soient pas en passant, et avec la destination d'être transportés en un autre lieu.

249. Quoique des marchandises ne soient pas au rang des meubles meublans d'une maison, et qu'étant destinées à être vendues, elles ne soient

pas dans la maison pour y demeurer, néanmoins elles sont obligées au bail; car le droit du locateur s'étend sur tous les effets qui garnissent chacune des parties de sa maison, suivant le genre d'exploitation de chaque partie; par conséquent le locateur ayant fait une boutique, un magasin d'une partie de la maison, l'exploitant comme boutique, comme magasin, les effets qui garnissent cette partie de maison en tant que boutique, en tant que magasin, doivent être obligés au locateur, et par conséquent les marchandises, qui sont le garnissement naturel d'une boutique et d'un magasin.

250. On a demandé si le locateur pouvait exercer son droit de gage sur l'argent comptant qui se trouvait dans une maison. Auzanet décide fort bien pour la négative; car cet argent n'étant pas destiné pour demeurer dans la maison, mais pour être dépensé au-dehors, on ne peut pas dire que ce soit une chose qui exploite la maison.

251. A l'égard des créances dont les cédules et obligations se trouvent dans la maison, il est très évident qu'elles ne font point partie des choses qui sont dans la maison et qui répondent des loyers; car ces cédules et obligations sont de simples instrumens qui servent à prouver l'existence des créances, et ne sont point les créances mêmes : les créances sont des choses incorporelles, *quæ in solo jure consistunt*, et qui par conséquent ne sont dans aucun lieu, *nullo circumscribuntur loco* : on ne peut donc pas les compter parmi les choses qui sont dans la maison, et qui répondent des loyers.

ARTICLE II.

Du droit de préférence du seigneur d'hôtel ou de métairie.

252. Les locateurs de maisons et de métairies ont le droit d'être préférés, pour les créances résultantes du bail, aux autres créanciers de leur fermier ou locataire, sur les fruits et sur les meubles qui garnissent la métairie ou la maison.

Ce droit de préférence a lieu même dans les provinces où les meubles sont susceptibles d'hypothèque, sur les créanciers hypothécaires antérieurs au bail, comme l'atteste Basnage en son Traité des hypothèques.

La raison est, que l'hypothèque, dont les meubles sont susceptibles en ces provinces, ne dure que tant qu'ils sont en la possession du débiteur, suivant la règle générale du droit français, *que meubles n'ont point de suite par hypothèque*. D'où il suit qu'un créancier, qui les a en nantissement, est préféré aux créanciers antérieurs, parce que le nantissement en a comme dépossédé le débiteur : or le seigneur d'hôtel ou de métairie a comme en nantissement les meubles qui sont dans sa maison, d'où le locataire ne peut les faire sortir à son préjudice, et par conséquent il doit être préféré aux autres créanciers.

253. Suivant les actes de notoriété du Châtelet de Paris, des 7 février 1688, 24 mars 1702, et 19 septembre 1716, on fait à l'égard de cette préférence une distinction entre les baux devant notaires, et ceux qui n'ont été faits que sous signature privée ou verbalement. Lorsque le bailleur a un bail passé devant notaires, il est préféré aux créanciers de son locataire, généralement pour toutes les obligations résultantes de ce bail, et par conséquent pour tous les termes échus, et pour tous ceux qui restent à courir du bail : mais lorsque le bail n'est que verbal, ou même seulement sous signature privée, le bailleur n'a de préférence que pour trois termes échus et pour le courant.

Denisart, en sa Note sur l'acte de notoriété, du 24 mars 1700, observe que lorsque le bail sous signature privée a été reconnu en justice avant la saisie des meubles du locataire, faite par quelqu'un de ses créanciers, il donne au bailleur la même préférence que s'il était devant notaires.

Lalande, en son Commentaire sur l'*art.* 421 de notre Coutume d'Orléans, avait fait une pareille distinction entre les baux passés devant notaires, et ceux qui ne le sont pas; mais cet auteur était peu instruit de l'usage. Il est certain qu'elle n'est pas observée dans notre province. La raison peut en être, que les baux que les particuliers font à Orléans de leurs maisons, sont tous passés sous signature privée, et qu'on n'a pas cru nécessaire de prendre ici les mêmes précautions contre les fraudes, qu'à Paris où elles sont beaucoup plus communes. Cela a été jugé par sentence du bailliage d'Orléans, en 1707 : on a adjugé aux jésuites, seigneurs d'hôtel, la préférence pour huit années de loyer, contre les créanciers du sieur Bonquin, quoique les jésuites n'eussent point de bail : elle est rapportée dans une note manuscrite de feu M. de Mantbelon, qui avait présidé au jugement. Il ajoute que la sentence a été confirmée par arrêt du mois de juillet 1708. Nous voyons tous les jours ici accorder la préférence aux seigneurs d'hôtel pour toutes les années qui restent à courir de leur bail, quoiqu'il n'ait été passé que sous signature privée; et jamais je n'ai vu que les créanciers se soient avisés de révoquer en doute cette préférence. Il est vrai que la Coutume d'Orléans restreint à trois termes échus, et à deux à échoir, le droit d'exécuter qu'elle accorde aux seigneurs d'hôtel, et le droit de suite; mais sa décision ne doit pas s'étendre au droit de préférence, qui est un droit différent.

254. On demande si le seigneur de métairie est préféré pour les avances qu'il a faites à son fermier pour faire valoir la métairie. Il faut distinguer. Si ces avances ont été faites par le bail même, l'obligation de rendre ces avances faisant partie des obligations du bail même, il n'est pas douteux que le seigneur de métairie doit être préféré, suivant le principe qui lui accorde le préférence pour toutes les obligations du bail. Il y a plus de difficulté, si les avances n'ont été faites que depuis le bail; car la créance de ces avances naît d'un contrat de prêt, séparé et distingué du bail, et qui n'en fait point partie. Néanmoins il paraît que l'usage a étendu à cette créance les droits des seigneurs de métairies, surtout lorsque ces avances ont été faites en grains ou autres espèces, et qu'on ne peut douter qu'elles ont été faites pour faire valoir la métairie; car le seigneur de métairie ayant été obligé de faire cette avance pour faire valoir sa métairie, il y a même raison que pour le bail.

255. Cette règle, que le seigneur d'hôtel est préféré pour tout ce qui lui est dû, reçoit exception à l'égard de la taille; car, suivant les réglemens pour la taille, déclaration du 22 août 1565, édit du mois d'août 1669, le seigneur d'hôtel n'est préféré à la taille due par son locataire, que pour six mois de loyer, et le seigneur de métairie n'est préféré à la taille due, que pour une année de ferme. Au reste, la créance du roi n'exclut le locateur pour le surplus, que sur les meubles qui appartiennent au locataire ou fermier, car le roi n'ayant droit de se faire payer que sur les effets qui appartiennent à son débiteur, ne peut prétendre, ni par conséquent exclure le locateur sur les autres effets qui, sans appartenir au locataire ou fermier, exploitent l'hôtel ou métairie.

256. Il y a certaines créances qui sont préférées au seigneur d'hôtel ou métairie. Telle est d'abord la créance des frais de justice qui ont été faits pour la cause commune de tous les créanciers; les frais funéraires, *intra justum modum*, qu'on doit arbitrer eu égard à la qualité du défunt. Suivant un acte de notoriété du Châtelet de Paris, du 4 août 1652, on doit les réduire à une somme de vingt livres; mais on n'a pas toujours suivi cette réduction.

Basnage, en son Traité des hypothèques, met la créance des médecins, chirurgiens, apothicaires, pour la dernière maladie du défunt, au même rang que les frais funéraires, et par conséquent avant le maître d'hôtel ou de métairie. Duplessis, sur Paris, *édition de* 1699, ne les met qu'après.

Les moissonneurs sont préférés aux seigneurs de métairie sur les grains qu'ils ont coupés à la dernière récolte; les métiviers sur ceux qu'ils ont métivés. A Orléans, les valets de labour lui sont aussi préférés sur les grains, pour les services qu'ils ont rendus pendant les quatre mois courus depuis la Saint-Jean jusqu'à la Toussaint, lesquels leur seront payés sur le pied d'une demi-année, à cause de la force du travail.

Dans quelques provinces, comme en Dunois, on accorde aussi un privilége sur les fruits avant le maître d'hôtel, aux charrons et maréchaux, pour leurs fournitures de l'année, comme ayant servi à faire valoir la métairie. Dans notre province de l'Orléanais, ils n'ont point de privilége.

Celui, qui a vendu des chevaux pour faire valoir la métairie, et celui qui a fourni la semence, n'ont point de privilége sur le seigneur de métairie, s'ils n'ont de lui un consentement de préférence.

ARTICLE III.

Du droit de suite qu'a le locateur à l'égard des meubles sujets à son hypothèque.

257. Par le droit romain, les meubles, qui avaient été une fois amenés et apportés dans la maison louée, conservaient l'hypothèque qu'ils avaient contractée, quoiqu'ils en fussent par la suite déplacés ou même aliénés. Le prêteur accordait au locateur, pour la poursuite de cette hypothèque, une action qui s'appelait, l'*action servienne*. Cette action, quoique prétorienne, était de la classe de celles qu'on appelait *perpétuelles;* et elle avait lieu contre quiconque se trouvait avoir en sa possession les choses sujettes à cette hypothèque.

Quoique, par notre droit français, les meubles n'aient pas de suite par hypothèque, néanmoins on a conservé aux locateurs de maisons et de métairies le droit de suivre les meubles qui leur sont obligés.

Plusieurs Coutumes en ont des dispositions. Par exemple, celle d'Auxerre, *tit.* 5, *art.* 129, dit : « Meubles n'ont pas de suite par hypothèque, si ce n'est pour louage de maisons. »

Mais le locateur doit exercer ce droit de suite dans un court délai depuis que les meubles ont été transportés hors de la maison ou métairie, sinon le droit qu'avait le locateur sur lesdits meubles est purgé; et, en cela, notre droit français est différent du droit romain.

Sur le temps dans lequel le locateur doit exercer son droit de suite sur les meubles déplacés de sa maison ou métairie, il faut suivre les usages des différens lieux. Suivant l'usage de notre province, le locateur d'une maison a huit jours pour suivre les meubles qui ont été enlevés, et le locateur d'une métairie en a quarante.

258. Ce droit de suite peut être exécuté de deux manières, ou par la voie de saisie, ou par la voie d'action.

Les articles 415 et 416 de notre Coutume d'Orléans établissent la première. L'article 415 dit : « Le seigneur d'hôtel ou de rente foncière peut « poursuivre les biens enlevés de son hôtel, et « iceux par lui, son procureur ou commis (un « sergent appelé), *prendre, saisir et enlever par « exécution,* pour la sûreté de ce qui lui est dû « pour trois termes échus et deux à échoir pour « garnissement dudit hôtel. »

L'article 416 dit : « Et pour le regard des « maisons, fermes ou pensions d'héritages, le « seigneur peut poursuivre les biens enlevés de « son hôtel pour le paiement de trois années « échues, et garnissement d'une année à échoir. »

La voie d'action est établie par l'article 419 : « Si le locataire ou autre que le seigneur d'hô« tel, ou de rente foncière, enlevait les biens « étant en l'hôtel baillé à loyer, sans le consen« tement du locateur, icelui locateur peut ap« peler ledit locataire ou celui qui a enlevé les« dits biens, pour les rétablir audit hôtel pour « sûreté de trois termes derniers, si tant il en « prétend ; et, outre, peut contraindre ledit lo« cataire à garnir ladite maison pour l'année à « venir. »

259. Ces dispositions de notre Coutume ne définissent point le temps dans lequel ce droit de suite peut être exercé, soit par la voie de saisie, soit par la voie d'action ; mais, comme nous l'avons dit, l'usage le restreint à huit jours pour les maisons de ville, et à quarante jours pour les métairies.

En un cas, néanmoins, le locateur peut l'exercer, même après ce temps ; c'est celui auquel les effets exploitant la maison ou métairie en auraient été enlevés par un créancier du locataire, qui les aurait saisis sur lui. En ce cas, le locateur est recevable, même après les huit jours et les quarante jours expirés, à s'opposer à la saisie, à demander la main-levée et le rétablissement en son hôtel des meubles saisis, si mieux n'aime le créancier saisissant se charger de toutes les obligations de son bail, lui payer les loyers ou fermes échues, et lui donner caution pour le surplus. La raison de cette décision est, que la main de justice, sous laquelle sont les effets enlevés, conserve les droits de tous les créanciers, et par conséquent celui du locateur.

260. Le seigneur d'hôtel ou de métairie peut, suivant cet article 415, saisir les meubles enlevés de son hôtel, soit qu'ils soient encore en la possession du locataire qui les a transportés ailleurs, soit qu'ils soient en celle d'un tiers envers qui le locataire en aurait disposé ; mais il lui faut, en ce cas, permission du juge pour les saisir dans la maison de ce tiers où ils auraient été transportés : car, suivant l'article 455, aucun ne peut entrer en la maison d'autrui, pour faire enlever les biens étant en icelle maison, sans autorité de justice.

261. Le locateur peut, dans le temps prescrit, suivre par la voie de saisie, ou par la voie d'action, les meubles enlevés de son hôtel ou métairie, même contre un acheteur de bonne foi, ou contre un créancier qui les aurait reçus de bonne foi, soit en paiement, soit en nantissement : car ces meubles ayant contracté une espèce d'hypothèque, lorsqu'ils ont été introduits dans la maison ou métairie, le locataire ne les possédant dès lors qu'à la charge de cette espèce d'hypothèque, n'a pu les transporter à un autre qu'à cette charge : personne ne pouvant transférer à un autre plus de droit dans une chose qu'il n'en a lui-même. Tel est l'avis de Dumoulin en sa note sur l'article 125 de Bourbonnais, *etiam emptoribus bonæ fidei, modò intra breve tempus.* Tel est l'usage, contre l'avis de Lalande.

262. De là il suit que si le locataire d'une maison, à l'expiration du bail, à l'insu du locateur envers qui il est redevable des loyers et autres obligations de son bail, a transporté ses effets dans une autre maison qu'il a prise à loyer, le premier locateur a droit de les suivre dans cette autre maison, et doit être préféré au nouveau locateur, et non pas venir avec lui en concurrence, comme l'enseigne mal à propos Lalande ; car tant que l'hypothèque de ces meubles contractée envers le premier locateur n'est pas purgée, ils n'ont pu devenir obligés envers le second locateur, au préjudice du premier.

263. Ce droit de suite a lieu même contre le propriétaire des meubles enlevés de l'hôtel, qui les aurait prêtés ou donnés à loyer ; car nous avons vu ci-dessus qu'ils étaient obligés au locateur : d'où il suit qu'il doit avoir le droit de les suivre, même contre le propriétaire.

264. Lorsqu'il ne paraît pas que le détenteur, contre qui le locateur exerce son droit de suite, ait eu connaissance que les meubles réclamés par le locateur aient occupé sa maison, le locateur est obligé de les faire reconnaître à ses dépens, qu'il peut répéter contre son locataire.

265. Il y a plusieurs prescriptions qui peuvent être opposées au locateur par les tiers, contre la poursuite qu'il fait des meubles enlevés de son hôtel ou métairie.

La première est, si le locateur a donné quelque consentement, même tacite, à l'enlèvement ; car dès lors il n'est plus recevable à les suivre.

La seconde est, si le locateur a laissé passer le temps.

La troisième, si ces meubles enlevés de l'hôtel ont été depuis vendus en foire ou marché ; car la faveur du commerce a fait établir que ceux, qui achètent en foire ou marché public, acquis-

sent sûrement, et fussent à couvert de toutes recherches de la part de tous ceux qui prétendraient quelque droit aux choses ainsi vendues. Ces ventes ont, à l'égard des meubles, le même effet que les ventes des immeubles par décret.

266. Il faut dire la même chose, à plus forte raison, des ventes judiciaires faites à l'encan par un sergent. C'est pourquoi, si le créancier de mon locataire a saisi les effets qui étaient dans ma maison, et qu'il les ait fait vendre, sans que je m'y sois opposé; ou si, après la mort de ce locataire, ses héritiers les ont fait vendre à l'encan, sans que je m'y sois opposé, je ne pourrai les suivre contre ceux qui s'en seront rendus adjudicataires.

267. C'est à celui qui allègue ces prescriptions à les justifier, suivant la règle, *Reus excipiendo fit actor*. Par conséquent, si le locateur d'une maison donne une demande contre quelqu'un à fin de rétablissement de meubles qui étaient en sa maison; s'il est constant que ces meubles occupaient effectivement sa maison, ce sera au défenseur qui allèguera quelqu'une de ces prescriptions, à justifier, ou que le locateur a consenti à l'enlèvement, ou que le temps qui lui est accordé pour les suivre est expiré : ou qu'ils ont été vendus à l'encan, ou en foire, ou au marché public.

268. Il reste à observer que l'esprit de nos Coutumes, en accordant le droit de suite au locateur, n'est pas d'ôter au locataire toute disposition des meubles qu'il a portés en la maison qu'il a louée, mais seulement autant qu'elles donneraient atteinte à la sûreté du locateur pour ses loyers et les autres obligations du bail.

C'est pourquoi la Coutume d'Orléans, *art.* 415, dit que le seigneur d'hôtel *peut poursuivre* les biens enlevés de son hôtel *pour trois termes échus, et deux à échoir;* et l'*art.* 416 dit, que le seigneur de métairie peut poursuivre *pour le paiement de trois années échues et garnissement d'une année à échoir.*

Le locataire peut donc librement disposer des effets qu'il a dans l'hôtel ou métairie qu'il a pris à loyer, et le locateur ne peut les suivre ni en demander le rétablissement, pourvu qu'il en reste suffisamment dans l'hôtel ou métairie, de quoi procurer au locateur la sûreté de ses loyers ou fermes.

269. Quoique le locateur ne puisse pas empêcher son locataire de disposer des effets qui sont dans sa maison, pourvu qu'il en reste dans la maison suffisamment de quoi répondre de trois termes échus, et de deux à échoir, cependant si un créancier du locataire saisissait les meubles, le locateur est fondé à s'opposer à l'enlèvement, et à demander la main-levée de la saisie, si mieux n'aime le saisissant se charger de toutes les obligations du bail, tant pour le passé que pour l'avenir, et d'en donner caution. Il ne suffirait pas au saisissant d'offrir de payer ce qui est échu, et d'offrir de laisser en l'hôtel de quoi répondre de deux termes à échoir.

ARTICLE IV.

Du droit d'exécution que la Coutume d'Orléans accorde au locateur; et du droit de gagerie dans la Coutume de Paris.

270. L'exécution est la saisie que fait un créancier par le ministère d'un sergent, des meubles de son débiteur, par laquelle il les met sous la main de la justice, en la garde d'une ou de plusieurs personnes, pour les vendre ensuite à l'encan.

Régulièrement un créancier ne peut faire cette exécution que sur le débiteur qui lui est obligé *ex suâ propriâ personâ*, en vertu d'une obligation contenue en un acte passé pardevant notaire, ou d'une condamnation contenue en une sentence rendue contre lui, et qui n'est pas suspendue par un appel.

Quoique l'héritier de mon débiteur, en acceptant la succession, devienne lui-même mon débiteur, néanmoins je ne puis pas exécuter ses meubles, parce qu'il est bien mon débiteur, mais il ne l'est pas *ex propriâ personâ, sed hereditorio nomine :* il ne l'est pas en vertu d'un titre exécutoire, c'est-à-dire, d'un acte passé pardevant notaire, par lequel il se soit lui-même obligé, ou d'une sentence par laquelle il ait été lui-même condamné. Il faut donc, pour que je puisse avoir droit d'exécuter ses biens, ou qu'il passe une nouvelle reconnaissance pardevant notaire de la dette du défunt dont il est héritier, ou que j'obtienne contre lui une sentence de condamnation.

Ces principes souffrent exception dans notre Coutume d'Orléans, à l'égard des locateurs de maisons ou métairies : car quoique le locataire ou fermier ne soit obligé en vertu d'aucun titre exécutoire, quoique le bail ait été fait par un acte sous seing privé, ou même par une simple convention verbale, notre Coutume d'Orléans donne le droit au locateur, pour le paiement des trois derniers termes à lui dus, d'exécuter les meubles qui sont en la maison ou métairie qu'il a louée.

Ce droit est fondé sur l'article 406 de notre Coutume : « Un seigneur d'hôtel ou métairie « peut audit hôtel ou métairie, par ses mains, « son procureur ou commis, exécuter ou faire « exécuter pour trois termes précédens et der- « niers à lui dus, du loyer ou ferme.... sans « contrat, obligation, ni autorité de justice, « appelé avec lui un sergent pour le garder de

« force, et faire signifier la vente des biens sai-« sis, etc. »

271. Observez, 1° que ce que la Coutume accorde en cet article ou seigneur d'hôtel, doit s'entendre pareillement d'un principal locataire qui aurait sous-baillé la maison en tout ou en partie; il a les mêmes droits que la Coutume accorde au seigneur d'hôtel; car ces droits naissent du contrat et de la qualité de locateur, plutôt que du droit de propriété et de la qualité du propriétaire.

272. Observez, 2° que le seigneur d'hôtel ou de métairie ne peut, en vertu de cet article, exécuter que les effets qui sont en son hôtel ou métairie, et qui lui sont, tant qu'ils y demeurent, tacitement hypothéqués. C'est pourquoi la Coutume dit, *peut oudit hôtel ou métairie* : ces termes sont restrictifs. Pour que le locateur puisse exécuter les biens que son locataire a ailleurs, il faut qu'il ait un titre exécutoire.

273. Observez, 3° que le seigneur d'hôtel ou métairie ne peut exécuter, en vertu de cet article, que pour trois termes de loyers ou fermes à lui dus.

Ces termes sont de six mois pour les loyers de maison, à moins que le bail ne portât qu'ils se paieraient par chaque année.

Et à l'égard des fermes des métairies, les termes sont d'un an, à moins qu'il n'y eût une clause contraire.

S'il est dû plus de trois termes au locateur, et qu'il n'ait point de titre exécutoire, il ne peut exécuter pour le surplus qui lui est dû, qu'il n'ait obtenu sentence contre son locataire ou fermier, contre qui il doit, pour l'obtenir, donner une demande.

En attendant, il peut obtenir une permission du juge pour saisir et arrêter.

274. Observez, 4° que le seigneur d'hôtel ou de métairie peut lui-même, néanmoins avec le ministère d'un sergent, exécuter : en quoi cette exécution diffère des autres exécutions; car à l'égard des autres exécutions, le créancier ne peut la faire lui-même, il ne peut y être présent; c'est le sergent qui la fait à sa requête.

Observez, 5° que, suivant un usage qui a toujours été pratiqué dans notre province, cette exécution a cela de particulier, que le seigneur d'hôtel n'est pas obligé de laisser à son locataire le lit que l'Ordonnance de 1667, *tit.* 33, *art.* 14, veut qu'on laisse à la partie saisie. La raison de cet usage est, qu'une infinité de pauvres gens qui prennent à loyer des chambres dans les villes, n'ont pas le plus souvent d'autres effets qui puissent répondre du loyer de leurs chambres. Cela ne doit pas être étendu aux seigneurs de métairie, ni aux seigneurs de rente foncière.

Au reste, cette exécution a cela de commun avec les autres, 1° qu'elle est sujette à toutes les formalités des saisies établies par l'Ordonnance de 1667; 2° que si le débiteur ne s'oppose point, le locateur saisissant peut, huitaine après, faire vendre, en le signifiant au saisi; 3° si le locataire s'oppose, le locateur ne peut procéder à la vente, qu'il n'oit été statué sur l'opposition; et pour cela il doit assigner le locataire, pour voir prononcer la main-levée de l'opposition. Mais pendant l'opposition, la saisie tient, et le locataire n'en peut avoir main-levée qu'en consignant les termes de loyers, pour lesquels l'exécution est faite, entre les mains du locateur, qui doit donner caution de les rapporter, s'ils ne se trouvent pas dus.

275. Observez, 6° que ce droit d'exécution du seigneur d'hôtel ne s'éteint point par la mort du débiteur comme celui des autres créanciers. La raison de différence est, que celui des autres créanciers est fondé sur le titre exécutoire, qui cesse par la mort de l'obligé ou condamné; au lieu que celui du seigneur d'hôtel ou de métairie n'est fondé que sur la seule qualité de locateur.

C'est pourquoi le locateur peut, en signifiant, au préalable, le bail à l'héritier de son locataire, procéder par voie d'exécution, sur les meubles qui garnissent la maison, sans qu'il soit besoin qu'il obtienne auparavant une sentence de condamnation contre lui.

276. La Coutume de Paris n'est pas si favorable que la nôtre aux seigneurs d'hôtels ou de métairies; elle ne leur accorde pas le droit d'exécuter, lorsqu'ils n'ont point de titre exécutoire. Elle donne seulement aux propriétaires de maisons le droit de procéder pour les loyers qui leur sont dus, par voie de gagerie sur les meubles qui y sont.

Cette voie de gagerie est une simple saisie et arrêt, qui consiste à saisir et à établir un gardien auxdits meubles pour sûreté de ce qui est dû; mais le locateur ne peut les déplacer, ni procéder à la vente, qu'il n'ait obtenu sentence.

La Coutume de Paris n'ayant pas limité le nombre des termes de loyer pour lesquels peut être faite ladite gagerie, il y a lieu de penser qu'elle peut se faire pour tous ceux qui sont dus au seigneur d'hôtel, en quelque nombre qu'ils soient. Il semblerait aussi que le seigneur d'hôtel ne devrait pas avoir besoin d'une permission du juge pour procéder à cette gagerie, puisque la loi elle-même lui en a accordé la permission.

CHAPITRE II.

Du droit du conducteur.

277. Le droit du conducteur est le droit qu'il a vis-à-vis du locateur, de ses héritiers ou autres successeurs universels, de jouir de la chose qui lui a été louée, pendant tout le temps que doit durer le bail, lequel droit résulte de l'obligation que le locateur a contractée envers lui de lui en accorder la jouissance.

Nous avons vu *suprà*, *part.* 3, *ch.* 1, *art.* 4, § 1 et 2, comment il en devait jouir.

278. Il a le droit de jouir de toute la chose qui lui a été louée. De là naît la question, si le fermier a le droit de jouir de la partie qui, pendant le cours du bail, est accrue par alluvion à l'héritage qu'il tient à ferme, sans augmentation de sa ferme. Caroccius tient l'affirmative, parce que ce qui accroît à un héritage par alluvion, fait partie de cet héritage, *jure accessionis*, et que le fermier de cet héritage ayant le droit de jouir de tout cet héritage, doit avoir le droit de jouir de cette accrue qui en fait partie.

On peut répondre : Le fermier, dites-vous, a droit de jouir de tout l'héritage. Je distingue. Il est vrai qu'il a droit de jouir de tout ce qui lui a été loué; mais il n'a pas droit de jouir de ce qui ne lui a pas été loué, et la partie, qui est accrue depuis le bail, n'a pu lui être louée, puisqu'elle n'existait pas encore. Il est vrai que, dans le contrat de vente, ce qui est accru depuis le contrat et avant la tradition, peut être prétendu par l'acheteur; mais c'est parce que, depuis le contrat, la chose est aux risques de l'acheteur, et qu'il est juste que celui, qui aurait souffert la perte, si la chose fût périe ou en total ou en partie, ait le bénéfice de l'augmentation lorsqu'il en survient : *Ubi est periculum, ibi et lucrum*. Mais dans le contrat de louage ou bail à ferme, la chose est entièrement aux risques du locateur, et non à ceux du conducteur. Ce n'est donc pas le conducteur, mais le locateur qui doit avoir le bénéfice de l'accrue survenue durant le bail à l'héritage.

Observez que les alluvions dans les rivières navigables devant appartenir au roi, il faut supposer, dans l'espèce de la question que nous venons de traiter, ou que la rivière qui a fait l'alluvion n'était pas une rivière navigable, ou que si elle était navigable, le propriétaire locateur avait, par une concession particulière, le droit d'alluvion dans la partie de la rivière voisine de son héritage.

279. Ce que nous avons dit ci-dessus, que le conducteur avait le droit de jouir de toute la chose qui lui est louée, souffre une limitation, qui est que le fermier d'une terre, où il y a logement pour le maître et logement pour le fermier, n'a pas le droit de jouir du logis destiné pour le maître, ni des logemens voluptuaires, ni des bois de haute futaie, quoiqu'ils n'aient pas été expressément exceptés par le bail. La raison est, que le droit d'un fermier étant le droit de percevoir les fruits de la terre qui lui est louée, ce droit ne renferme que celui de jouir des parties de cette terre destinées à produire et à loger les fruits, et au ménage rustique.

Il peut néanmoins défricher les terres qui, lors du bail, étaient en friche, et n'avaient jamais produit aucuns fruits, et en percevoir les fruits pendant le temps de son bail, après qu'il les aura défrichées; car, si, lors du bail, elles n'étaient pas cultivées, et ne produisaient pas de fruits, ce n'était que par le défaut d'industrie du propriétaire et de ses prédécesseurs; mais le vœu et l'intérêt du propriétaire locateur était que le fermier pût, en les défrichant, leur en faire produire. C'est pourquoi, en affermant sa terre, le locateur est censé avoir compris dans le bail non seulement les parties qui lors du bail produisaient des fruits, mais toutes celles qui, n'étant pas destinées à d'autres usages, pourraient, par l'industrie du fermier, en produire.

280. Le droit du conducteur est un droit qui passe à son héritier, comme toutes les autres créances y passent.

Ce droit peut aussi se céder à un tiers, de même que nous avons vu au titre du Contrat de vente, que les créances pouvaient se céder à des tiers, *part.* 6, *ch.* 3. C'est pourquoi un locataire ou fermier peut sous-bailler en tout ou partie, à des tiers, la maison ou les héritages qui lui ont été loués : *Nemo prohibetur rem quam conduxit fruendam, alii locare, si nihil aliud convenit*; *l.* 6, *Cod. locat.* Ces sous-locataires doivent jouir comme le principal locataire ou fermier aurait dû jouir lui-même; c'est pourquoi, si la maison a été louée comme auberge, de

même que le principal locataire est obligé de l'entretenir en auberge, de même il ne peut la sous bailler qu'à un aubergiste qui l'entretienne comme auberge.

Vice versâ, si une maison bourgeoise a été louée à un bourgeois, il ne peut pas la sous-bailler à un cabaretier, à un forgeron, et autres gens semblables, parce qu'elle doit être occupée comme maison bourgeoise.

281. Ces décisions doivent-elles avoir lieu, s'il était porté formellement par le bail que le locataire pourrait sous-bailler la maison *à qui il lui plairait?* Je pense que cette clause ne donne au locataire le droit que de sous-bailler la maison à des personnes qui l'occupent de la manière dont elle a coutume d'être occupée; que si c'est une maison qui a coutume d'être occupée comme maison bourgeoise, il ne peut pas la sous-bailler à un cabaretier pour en faire un cabaret, ni à un maréchal ou à un serrurier pour y établir une forge. On opposera peut-être que si le locataire ne pouvait la sous-bailler qu'à un bourgeois, qui l'occupe comme maison bourgeoise, la clause serait superflue et de nul effet, puisqu'il avait ce droit sans cette clause. Or, dira-t-on, c'est une règle d'interprétation établie en notre Traité des obligations, *n.* 92, que les clauses doivent s'interpréter plutôt dans un sens qui leur donne quelque effet, que dans un sens qui ne leur en donnerait aucun. La réponse est, que cette règle a lieu, lorsque la clause est également susceptible des deux sens. Mais lorsqu'elle n'est susceptible que de celui qui n'a aucun effet, elle ne laisse pas de devoir être entendue en ce sens, et elle est censée avoir été apposée uniquement *dubitationis tollendæ causâ*. Or, dans l'espèce proposée, la clause, que le locataire pourra sous-bailler la maison à qui il lui plaira, ne peut s'entendre qu'en ce sens seul, qu'il pourra la sous-bailler à telles personnes qu'il lui plaira, qui l'occuperont comme elle a coutume d'être occupée; et cette clause est censée n'avoir été apposée que *dubitationis tollendæ causâ*, et pour assurer davantage au locataire le droit qu'il avait de droit commun de sous-bailler à de telles personnes, sans que le locateur puisse s'y opposer : mais elle ne lui donne pas le droit de la sous-bailler à d'autres qui l'exploiteraient autrement qu'elle n'a coutume de l'être. L'obligation de ne pas faire servir la chose à d'autres usages qu'à ceux auxquels elle est destinée, étant de la nature du contrat de louage, on ne présume pas facilement que les parties y aient dérogé.

Si le locateur avait expressément permis au locataire d'une maison bourgeoise de la sous-bailler pour en faire un cabaret, il ne serait pas censé lui avoir pareillement permis de la sous-bailler pour y établir une forge de maréchal, *et vice versâ*.

282. Le locataire ou fermier, qui a sous-baillé, demeure toujours obligé envers le locateur.

283. Les baux portent quelquefois la clause que le fermier ou locataire ne pourra pas sous-bailler sans le consentement par écrit du locateur. Cette clause ne s'exécute pas toujours à la rigueur, lorsque le locataire, qui a fait le sous-bail avec cette clause, étant obligé de quitter la maison, présente au seigneur d'hôtel un sous-locataire *æquè idoneum*, c'est-à-dire, qui est tel, qu'il est indifférent au seigneur d'hôtel que ce soit lui, ou le principal locataire qui occupe la maison. En ce cas, tout l'effet de la clause est que le seigneur d'hôtel peut reprendre sa maison, et faire prononcer le résiliement du bail, faute par le locataire d'exécuter la clause de ne point sous-bailler, sous laquelle il lui avait été fait : mais s'il ne veut pas reprendre le bail, il ne doit pas être écouté à empêcher l'exécution du sous-bail, quoique fait contre la clause portée au bail, parce qu'il est sans intérêt pour l'empêcher, et qu'il est de la nature des conventions, *ut ex pacto consequamur id quod nostrâ interest, non ut sine ullo nostro commodo, alteri tantùm noceamus.*

C'est une suite du grand précepte de l'amour du prochain, qui est le principe fondamental du droit naturel. Il est évident qu'il nous oblige à consentir à toutes les choses qui, sans nous causer aucun préjudice, peuvent faire plaisir au prochain. L'usage de notre châtelet d'Orléans est conforme à ce que nous venons de décider; et Denisart, sur les mots *bail à loyer*, atteste que c'est aussi celui du châtelet de Paris. Il va plus loin, et il prétend que, suivant l'usage du châtelet de Paris, le locateur n'est admis à se plaindre de la contravention à la clause, et à demander en conséquence la résolution du bail, que lorsque le locataire sous-baille la maison en entier, et non lorsque, pour se décharger, il en sous-baille seulement une partie; ce qui doit s'entendre, à moins que le bail ne portât expressément qu'il ne pourrait sous-bailler la maison, *ni en tout ni en partie*.

284. La clause de ne point sous-bailler une métairie doit être plus scrupuleusement exécutée : car il n'est pas également indifférent d'avoir un tel pour fermier plutôt qu'un autre, comme il l'est à l'égard d'un locataire d'une maison, tous les fermiers ne cultivant pas également bien une terre. Néanmoins, selon les circonstances, *putà*, si le fermier ne peut plus faire valoir la terre, et en présente un bon à sa place, le seigneur de métairie doit, nonobstant la clause, le souffrir, si mieux il n'aime reprendre le bail.

285. Le droit du conducteur, suivant la définition que nous en avons donnée, n'est qu'un droit de créance personnelle qu'a le conducteur contre la personne du locateur; c'est seulement *jus ad rem*. C'est pourquoi la tradition, qui est faite de l'héritage au locataire ou fermier, non seulement ne lui en transfère pas la propriété, *non solet locatio dominium mutare; l.* 39, ff. *locat.*, mais elle ne lui transfère aucun droit dans la chose, et pas même la possession de la chose : elle continue d'appartenir au locateur.

286. De là suit que si le locateur apportait quelque trouble à la jouissance de son fermier ou locataire, celui-ci ne pourrait pas former contre lui la demande qu'on appelle en droit *interdictum uti possidetis*, et que nous appelons la complainte, comme le décide fort bien Bruneman; *ad. l.* 15, *cod. de locat.*, et les auteurs par lui cités : car cette action ne peut être formée que par un possesseur. Le fermier ou locataire n'a donc, en ce cas, que l'action personnelle qui naît du contrat de louage, *actionem conducti*, aux fins que le locateur soit tenu de remplir ses engagemens, et en conséquence de le laisser jouir sans trouble de la chose qui lui a été louée; et qu'il soit condamné aux dommages et intérêts résultans du trouble qu'il lui a apporté.

287. Si c'est un étranger qui a apporté du trouble à la jouissance du locataire ou fermier, prétendant avoir la possession de la pièce de terre dans la jouissance de laquelle il a troublé le fermier, ou y avoir quelque droit de servitude, ce fermier n'étant pas possesseur, ne pourra pas lui former la complainte : il n'aura, en ce cas, que l'action personnelle contre son locateur, pour qu'il soit tenu de le faire jouir sans trouble, et en conséquence de faire cesser celui qui lui est apporté par cet étranger.

Si l'étranger, qui a apporté du trouble, ne prétend avoir ni la possession, ni aucun droit dans l'héritage, le fermier a, de son chef, action contre lui, *actionem injuriarum*, aux fins de défenses, et de dommages et intérêts, s'il a souffert quelque préjudice.

288. Des principes que nous venons d'établir, résulte une différence très grande entre le droit d'un locataire ou fermier, et celui d'un usufruitier, d'un emphytéote, etc. Le droit de ceux-ci est un droit dans la chose, qu'ils conservent, en quelque main que passe la chose. Au contraire, le locataire ou fermier n'ayant aucun droit dans l'héritage qui lui a été loué, si le locateur a vendu ou légué cet héritage à quelqu'un, sans le charger de l'entretien du bail qu'il en a fait, cet acheteur, ce légataire, ne seront point obligés de l'entretenir, à moins qu'ils ne l'aient approuvé au moins tacitement. Cela est conforme aux principes de droit : *Emptorem fundi necesse non est stare colono cui prior dominus locavit, nisi eâ lege emit; l.* 9, *cod. locat.* La même chose est décidée à l'égard du légataire, en la loi 32, ff. *dict. tit.* Le fermier ou locataire n'a, en ce cas, qu'une action contre le locateur ou ses héritiers, qui sont tenus de ses dommages et intérêts résultans de l'inexécution de l'obligation du locateur.

289. Non seulement le nouveau propriétaire, qui a succédé à titre singulier à l'héritage de celui qui en a fait le bail, sans être chargé du bail, peut expulser le locataire ou fermier, mais un usufruitier de l'héritage, à qui celui qui a fait le bail a constitué un droit d'usufruit dans l'héritage, sans le charger du bail, a le même droit. Paul, en la loi 59, ff. *de usuf.*, le décide en termes formels : *Ad exemplum venditionis potest usufructuarius conductorem expellere.* La raison est, que son droit d'usufruit étant un droit dans l'héritage même, qui consiste à en percevoir les fruits, il ne peut être empêché dans l'exercice de ce droit par le locataire ou fermier, qui n'a de sa part aucun droit dans l'héritage, mais seulement un droit contre le locateur, résultant de l'obligation personnelle que ce locateur a contractée envers lui, par le bail, et dont cet usufruitier n'est pas tenu, s'il n'a pas été chargé du bail.

290. Si, pendant le cours d'un bail fait à un premier locataire ou fermier, le bailleur passe un pareil bail à loyer ou à ferme à un second, il est évident que ce second ne peut expulser le premier, n'ayant pas plus de droit que lui.

Si le second bail était un bail à vie, le preneur, par ce bail à vie, pourrait-il expulser le fermier? Cela dépend de savoir si ce bail à vie doit être considéré comme un simple bail à ferme : en ce cas, le preneur, par ce bail, ne pourrait pas expulser le fermier, n'ayant pas plus de droit que lui dans l'héritage. C'est ce qui paraît avoir été jugé par un arrêt du 28 juillet 1714, rapporté par Augeard. Si au contraire ce bail à vie était considéré comme une constitution d'usufruit, le preneur étant un usufruitier pourrait expulser le fermier. C'est ce qui avait été jugé auparavant par un autre arrêt cité au même endroit. Je crois cette seconde opinion la plus véritable.

291. Quoique le bail à ferme de l'héritage ait été passé par acte devant notaire, et qu'en conséquence cet héritage se trouve hypothéqué à l'obligation de faire jouir le fermier, et aux dommages et intérêts résultans de l'inexécution de cette obligation, le nouvel acquéreur, qui a acquis l'héritage sans charge du bail, n'en doit pas moins être admis à expulser le fermier, sauf qu'après la discussion des biens du bailleur pour

le paiement des dommages et intérêts, discussion à laquelle le nouveau propriétaire peut renvoyer le fermier; si le fermier n'en a pas été payé, le nouveau propriétaire doit les lui payer, ou le laisser jouir. Mais le nouveau propriétaire, en offrant de les payer, peut expulser le fermier, qui ne peut lui opposer la maxime, *Quem de evictione tenet actio, eum agentem repellit exceptio.* Cette maxime ne peut être opposée qu'à ceux qui sont personnellement tenus de la garantie, suivant les principes établis en notre *Traité du contrat de vente, n.* 181.

Cette décision a lieu, quand même l'héritage aurait été par le bail spécialement hypothéqué à l'obligation d'entretenir le bail. Quelques auteurs en ont fait difficulté : mais il y a même raison à l'égard de l'hypothèque spéciale, qu'à l'égard de l'hypothèque générale. L'une et l'autre ne donnent au conducteur que le droit de se venger sur l'héritage, pour le paiement des dommages et intérêts résultans de l'inexécution du bail : mais elles ne peuvent obliger personnellement le successeur à titre singulier à entretenir le bail, ni par conséquent le rendre non recevable dans sa demande contre le conducteur, pour lui faire quitter l'occupation de l'héritage, en offrant de lui payer, au préalable, ses dommages et intérêts.

292. Le principe, que le successeur à titre singulier n'est pas tenu d'entretenir le bail de l'héritage fait par son auteur, reçoit quelques exceptions ou limitations.

La première est, lorsque le successeur a acquis du locateur l'héritage à la charge d'entretenir le bail. Cette exception se trouve dans la loi *Emptorem*, ci-dessus citée, où il est dit : *Emptorem necesse non est stare colono, nisi eâ lege emit.* On ne peut opposer, contre la validité de cette convention, la règle de droit, *Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest; l.* 73, *§ fin. de Reg. Jur.* Car cette règle n'a lieu que lorsque je n'ai moi-même aucun intérêt à la chose que je stipule pour un autre : mais lorsque j'y ai intérêt, la convention est valable : *Si stipuler alii, quùm meâ interesset, ait Marcellus stipulationem valere; l.* 38, *§* 20, *ff. de verb. obl.* Or, le locateur, qui vend son héritage, a grand intérêt que l'acheteur entretienne le bail, puisque sans cela il serait tenu des dommages et intérêts du fermier ou locataire : il peut donc valablement stipuler de l'acheteur l'entretien du bail, et l'acheteur s'oblige valablement par cette convention, directement envers son vendeur, et indirectement envers le fermier ou locataire. Cette obligation personnelle, qu'il contracte d'entretenir le bail, le rend non recevable à demander que le fermier ou locataire quitte l'occupation de cet héritage.

293. Il en serait autrement, s'il était dit, par le contrat de vente que le locateur lui a fait de l'héritage, qu'il s'oblige de l'acquitter des dommages et intérêts qui pourraient être prétendus contre lui par le fermier ou locataire en cas d'expulsion. L'acheteur, en ce cas, ne serait point obligé à l'entretien du bail : il pourrait expulser le fermier ou locataire, en lui payant au préalable ses dommages et intérêts, tels qu'ils seraient réglés.

Il en est de même, lorsqu'il a acquis *à la charge de l'entretien du bail, ou d'acquitter le vendeur des dommages et intérêts résultans de son inexécution;* car l'obligation, que l'acheteur a contractée, n'étant point une obligation précise d'entretenir le bail, mais une obligation alternative, ou de l'entretien du bail, ou des dommages et intérêts résultans de l'inexécution, il a le choix d'offrir les dommages et intérêts.

Lorsque, par le contrat de vente, il est dit que le vendeur cède à l'acquéreur les droits des baux à loyer ou à ferme des héritages vendus, je pense qu'il est censé, en lui cédant ses droits résultans des baux, le charger aussi des obligations qui en résultent : l'acquéreur, en acceptant cette cession, est censé acquérir les droits du bailleur, tels que les avait le bailleur, et par conséquent les obligations du bail qui y étaient jointes. J'ai vu néanmoins un jurisconsulte en faire difficulté.

294. La seconde exception que souffre notre principe, concerne celui qui a acquis du fisc quelque héritage. Quoiqu'il ne soit successeur qu'à titre singulier, et qu'il n'ait pas été chargé expressément par le contrat de vente de l'entretien du bail de l'héritage fait par le fisc, il est néanmoins tenu de l'entretenir; et la clause d'entretenir, quoique non exprimée par le contrat de vente, y doit être sous-entendue. C'est un des priviléges du fisc, *ne fiscus colone teneretur; l. fin. ff. de jure fisci.* Automne, sur cette loi, atteste qu'elle a été adoptée en France, et il cite une sentence de la chambre du trésor, de 1587, qui a jugé conformément à cette loi. Bacquet, *Traité des droits de justice, ch.* 17, cite aussi une sentence du trésor, de 1586. Masuer, *Titre du louage, n.* 41, *in fin.*, en fait une maxime.

Despeisses étend ce privilége à ceux qui ont acquis à titre singulier de l'église, mais il ne cite aucunes autorités pour son opinion, si ce n'est celle de quelques docteurs étrangers.

295. Les arrêts paraissent avoir établi une autre exception dans le cas des ventes faites sous faculté du rachat dans un temps court. Il y a un arrêt du 16 février 1662, qui a maintenu un locataire dans la jouissance d'une maison, contre un particulier qui l'avait achetée sous faculté de

rachat pendant cinq ans; et il y a deux autres arrêts semblables, cités dans les moyens des parties. Ces arrêts me paraissent souffrir beaucoup de difficulté, même dans les Coutumes où ces ventes sont censées renfermer un engagement de l'héritage plutôt qu'une aliénation : car l'acheteur acquiert un droit dans la chose, lequel lui donne le droit d'en jouir, et par conséquent celui d'expulser le fermier envers qui il n'a contracté aucune obligation. Dans notre Coutume d'Orléans, où, suivant l'*art.* 13, ces ventes sont censées renfermer une véritable aliénation, on peut encore moins refuser à l'acheteur le droit d'expulser le fermier, quand l'acheteur n'a pas été chargé de l'entretien du bail.

296. Notre principe me paraît devoir souffrir une quatrième exception, à l'égard de celui qui a acquis un héritage du locateur, à titre de donation entre vifs, quoiqu'on ait omis, par la donation, de le charger de l'entretien du bail fait par le donateur. Je crois que la reconnaissance qu'il lui doit, l'oblige à l'entretenir, pour ne pas l'exposer au recours du locataire ou fermier, qui lui en demanderait la garantie.

Si, suivant les dispositions des Coutumes de Paris et d'Orléans, l'amitié et la protection qu'un seigneur de fief doit à son vassal, l'obligent, lorsqu'il jouit du fief de son vassal par droit de saisie féodale ou de rachat, à entretenir le bail fait par son vassal, pour ne pas l'exposer au recours de garantie; à plus forte raison, la reconnaissance qu'un donataire doit à son donateur l'y doit obliger; arrêt du 29 novembre 1596, rapporté par Chopin sur Paris, *liv.* 2, *tit.* 2, *n.* 20, contre un fils donataire de la maison que son père avait louée.

C'est sur une semblable raison que quelques auteurs (Renusson, *Traité du douaire*, XIV, 27; Denisart, sur le mot *bail à loyer, etc.*), décident que la douairière, quoiqu'elle ait renoncé à la communauté, doit entretenir les baux des héritages sujets à son douaire, et que son mari a faits : car quoiqu'en rigueur de droit, elle ne soit pas plus tenue à l'entretien de ces baux que des autres dettes de la communauté, à laquelle elle a renoncé, on peut néanmoins soutenir qu'elle doit aux héritiers de son mari, qui sont ses alliés, ces égards de leur éviter les dommages et intérêts dont ils seraient tenus envers les fermiers et locataires, si elle n'entretenait pas les baux.

Contrà, vice versâ, les propriétaires ne sont pas tenus, après la mort de la douairière, d'entretenir les baux faits par la douairière.

297. Notre principe souffre une cinquième limitation, qui est que le successeur à titre singulier, qui n'a pas été chargé de l'entretien du bail, doit au moins laisser jouir le fermier ou locataire pendant l'année courante, en se contentant de la ferme ou loyer, et ne pas l'expulser en sur-terme. D'où, dira-t-on, peut naître cette obligation du successeur? Il n'y peut être obligé ni du chef de son auteur, puisqu'il ne succède pas à ses obligations, ni de son chef, puisqu'il n'est intervenu aucun contrat entre lui et le fermier ou locataire, dont il puisse résulter une obligation. La réponse est, que toutes les obligations ne naissent pas des contrats : il y en a qui sont formées par la seule équité naturelle, comme nous l'avons établi en notre Traité des obligations, et par la loi de la charité que les hommes doivent avoir les uns pour les autres, laquelle ne permet pas qu'en usant à la rigueur de tout notre droit, nous causions à un autre homme un grand préjudice que nous pouvons lui éviter *sine nostro magno dispendio*. C'est en conséquence de cette loi d'équité et de charité qu'un nouveau propriétaire ne doit pas déloger en sur-terme un fermier ou locataire, lorsqu'il n'a pas un besoin pressant de la maison pour lui-même.

298. Si le successeur à titre singulier n'est pas obligé d'entretenir le bail, le fermier ou locataire n'est pas, de son côté, obligé envers lui de l'entretenir : car, de même que ce successeur ne succède pas aux obligations résultantes du bail dont il n'a pas été chargé, il ne doit pas de même succéder aux droits résultans de l'obligation contractée par le fermier, si son auteur ne les lui a pas cédés. Cela est décidé par la loi 32, ff. *locat.*, où il est dit : *Qui fundum in plures annos locaverat decessit, et fundum legavit, Cassius negavit posse cogi colonum, ut fundum coleret, quin nihil heredis interesset.* C'est l'avis de Brueman, *ad dict. l.*, qui cite plusieurs bons auteurs pour son sentiment. Despeisses est d'avis contraire; mais il n'appuie son sentiment ni d'aucune bonne raison, ni d'aucune autorité. Il prétend que la loi 32, ci-dessus citée, dit seulement que le fermier n'est pas obligé envers l'héritier, et qu'elle ne dit pas qu'il ne le soit pas envers le légataire. Je réponds que la loi ne dit pas : *Cassius negavit posse cogi colonum ab herede;* mais elle dit généralement et indistinctement : *negavit posse cogi colonum;* ce qui renferme tant le légataire que l'héritier. Il est vrai que le jurisconsulte ne rend raison de sa décision que par rapport à l'héritier du locateur, parce que c'était par rapport à lui qu'il y avait plus de raison de douter, puisqu'en sa qualité d'héritier, il succède en tous les droits du défunt, et par conséquent aux droits résultans du bail : s'il n'en rend pas de raison par rapport au légataire, c'est parce que le jurisconsulte a pensé que sa décision ne pouvait souffrir de difficulté par rapport au légataire, qui ne peut

avoir d'action contre le fermier, ni du chef du défunt, si le défunt ne lui a pas cédé ses droits; ni de son chef, puisque le fermier n'a contracté aucune obligation envers lui.

299. Lorsque celui, à qui j'ai succédé à titre singulier à un héritage, m'a chargé de l'entretien du bail, soit par une clause espresse, soit par une clause sous-entendue, comme dans les acquisitions qu'on fait du fisc, il est censé, en me chargeant de l'entretien du bail, m'en avoir aussi cédé tous les droits et actions; et, de même que je suis obligé envers le locataire ou fermier à l'entretien du bail, le locataire ou fermier y est aussi obligé envers moi.

Il en est de même, quoique la clause, par laquelle il est dit qu'on charge l'acquéreur de l'entretien des baux, porte l'alternative, si mieux n'aime s'arranger pour les dommages et intérêts, et en acquitter le vendeur : car le vendeur, en le chargeant de l'entretien du bail, quoique sous cette alternative, est censé lui en avoir cédé les droits et actions, s'il voulait l'entretenir.

Il en serait autrement, s'il n'était pas chargé de l'entretien du bail, mais seulement d'acquitter le vendeur des dommages et intérêts résultans de l'inexécution des baux. N'y ayant, en ce cas, rien qui puisse paraître renfermer une cession des baux, le successeur, qui voudrait entretenir les baux, ne pourrait pas y obliger les fermiers et locataires qui ne le voudraient pas : mais, en ce cas, ces fermiers et locataires ne pourraient pas prétendre de dommages et intérêts.

300. Le successeur à titre singulier, qui n'a pas été obligé par son contrat d'acquisition à l'entretien du bail, peut, dans la suite, s'y obliger par une convention avec le locataire ou fermier.

On demande si cette convention peut s'inférer de ce que ce successeur, depuis son acquisition, a laissé jouir pendant une année ou deux le locataire ou fermier, et en a reçu les loyers ou fermes sans protestation. Despeisses assure qu'on en doit inférer une approbation du bail pour tout ce qui en reste à courir, et il n'en fait pas de question. Caroccius est d'avis contraire; et son avis me paraît préférable. Le successeur, en laissant jouir le locataire ou fermier, est bien censé avoir consenti qu'il jouit de l'héritage aux mêmes conditions que celles portées par le bail de son auteur, pendant le temps que dure une tacite reconduction; mais je ne vois pas qu'il y ait nécessité d'inférer qu'il ait consenti qu'il en jouît pendant tout le temps qui reste à courir de ce bail : je ne vois pas non plus que le défaut de protestation dans les quittances qu'il a données, doive le faire déchoir du droit qu'il avait d'expulser le fermier : on n'est pas censé avoir voulu renoncer à un droit, faute d'avoir protesté qu'on entendait le conserver. Il y a un arrêt du 5 mai 1714, au cinquième tome du Journal, pour cette opinion.

301. Le successeur à titre singulier, qui, n'ayant pas été chargé par son contrat d'acquisition de l'entretien du bail, en est depuis convenu avec le fermier, a-t-il les droits d'hypothèque sur les biens du fermier résultans de ce bail? Je ne le crois pas; car cette convention est un nouveau bail qu'il a fait à ce fermier pour le temps qui restait à courir de celui fait par son auteur : son auteur ne lui ayant pas cédé ses droits résultans de ce bail, il me paraît qu'il ne peut prétendre les droits d'hypothèque qui en faisaient partie.

302. Si un nouveau propriétaire, qui a succédé à titre singulier au locateur, quoiqu'il tienne son droit du locateur, n'est pas obligé à l'entretien du bail, ni le fermier ou locataire envers lui; à plus forte raison, un propriétaire qui ne tient pas son droit du locateur, n'en doit pas être tenu, et le fermier ou locataire ne doit pas être obligé envers lui.

Suivant ce principe, si un propriétaire grevé de substitution a fait un bail à ferme ou à loyer d'un héritage, et que, pendant le cours du bail, il y ait ouverture à la substitution, le substitué, nouveau propriétaire, ne sera point tenu de l'entretenir pour les années qui en restent à courir, et le fermier n'en sera point tenu envers lui.

303. Suivant le même principe, le successeur à un bénéfice n'est pas obligé à l'entretien des baux des biens du bénéfice faits par son prédécesseur, et le fermier n'en est pas tenu envers lui. Néanmoins, lorsqu'il lui succède à titre de résignation en sa faveur, la reconnaissance, qu'il doit au résignant, doit l'obliger à les entretenir, pour ne pas exposer le résignant, son bienfaiteur, au recours en garantie qu'auraient contre lui les fermiers, en cas d'inexécution de leurs baux.

Quoique cette raison de reconnaissance ne milite pas à l'égard des résignataires par permutation, néanmoins, l'opinion commune est que ces résignataires doivent entretenir les baux faits par leur résignant. *Voyez* l'auteur des Lois ecclésiastiques, *part.* 4, *ch.* 4, *n.* 1; et les auteurs cités par Brodeau sur Louet, lettre S, *chap.* 11, *n.* 3.

L'économe établi pour la perception des revenus des bénéfices consistoriaux pendant leur vacance, ne peut pas non plus expulser les fermiers. *Voyez* les auteurs cités par Denisart.

304. Il semblerait suivre aussi de notre principe, que le seigneur, qui a saisi féodalement le fief de son vassal, n'est point tenu d'entretenir le bail fait par son vassal; car ce seigneur

a le droit d'en percevoir les fruits; il en est réputé comme propriétaire, tant que la saisie dure, et il ne tient pas son droit de son vassal. Néanmoins, les Coutumes de Paris et d'Orléans l'obligent à entretenir le bail, lorsqu'il est fait sans fraude. La raison est tirée de l'amitié et protection qu'un seigneur doit à son vassal, qui l'obligent à avoir pour lui des égards, et à lui épargner les recours en garantie du fermier ou locataire, auxquels donnerait lieu l'inexécution du bail.

Cette raison cesse, lorsque c'est pour cause de désaveu ou de félonie que le seigneur a confisqué le fief de son vassal. Ne lui devant, en ce cas, aucuns égards, il n'est pas obligé d'entretenir les baux qu'il a faits.

305. Suivant le même principe, lorsque des créanciers ont saisi réellement l'héritage de leur débiteur, à s'en tenir à la rigueur du ce principe, le commissaire établi à la saisie ne devrait pas être tenu d'entretenir le bail de l'héritage fait avant la saisie par le débiteur saisi. Néanmoins, lorsqu'il a été fait sans fraude, sans deniers d'entrée considérables, et que la ferme ou loyer est en argent, le fermier ou locataire est reçu à se conserver la jouissance de l'héritage, en demandant la conversion de son bail en bail judiciaire, au même prix et aux mêmes conditions, sauf qu'il devient, par cette conversion, sujet à la contrainte par corps. Voyez *notre Introduction au titre des Criées de la Coutume d'Orléans*, *n.* 52.

306. La femme, après la dissolution du mariage, est tenue d'entretenir les baux à ferme ou à loyer de ses héritages propres, faits par son mari. La Coutume de Paris, *art.* 224, en a une disposition. La raison est que le mari n'est pas un simple usufruitier des biens de sa femme, et c'est en cette qualité qu'il est censé faire les baux. D'où il suit que la femme est censée les faire elle-même par le ministère de son mari, *et ejus organo*, et qu'elle est conséquemment tenue de les entretenir de la même manière qu'un mineur est tenu d'entretenir ceux faits par son tuteur, comme étant censé les avoir faits lui-même par son ministère. Voyez *notre Traité des obligations*, *n.* 74.

307. Lorsqu'un homme a abandonné la possession de ses biens à ses créanciers, et qu'après ses dettes acquittées il rentre en possession, il doit entretenir les baux faits par le séquestre préposé par ses créanciers : car comme c'était pour lui et en son lieu que ses créanciers et le séquestre par eux préposé en jouissaient et les administraient, il est censé avoir fait lui-même ces baux par le ministère de ce séquestre. C'est l'avis de Despeisses, *Traité du louage*, *sect.* 5, *n.* 2, et des auteurs par lui cités.

CINQUIÈME PARTIE.

De la résolution du bail à loyer ou à ferme.

Il y a des résolutions des baux à loyer ou à ferme qui se font de plein droit : il y en a qui ne se font pas de plein droit.

SECTION PREMIÈRE.

DES RÉSOLUTIONS DU BAIL A LOYER OU A FERME, QUI SE FONT DE PLEIN DROIT.

Le bail à ferme ou à loyer se résout de plein droit, ou par l'expiration du temps pour lequel il a été fait, ou même, en plusieurs cas, avant l'expiration de ce temps.

ARTICLE PREMIER

De la résolution du bail par l'expiration du temps pour lequel il est fait.

308. Le bail à ferme ou à loyer finit et se résout par l'expiration du temps pour lequel il est fait; ce qui ne doit pas s'entendre pour le temps passé; car l'expiration du temps du bail ne libère pas les parties des obligations qu'elles ont contractées par le bail, si elles ne les ont pas encore acquittées. Mais cela doit s'entendre pour le temps à venir, en ce sens, que le locateur n'est pas obligé d'accorder plus long-temps la jouissance ou l'usage de sa chose au locataire, qui ne peut prétendre aucune préférence sur les autres personnes qui se présenteraient pour la prendre à loyer; et que, *vice versâ*, le locataire ne peut être obligé à continuer le bail.

On trouve une exception à cette règle dans le droit romain, à l'égard des fermiers des impôts, lesquels, lorsqu'ils avaient beaucoup gagné pendant le bail qui était fini, pouvaient être contraints à le continuer, s'il ne se présentait pas

d'autres personnes qui voulussent prendre la ferme aux mêmes conditions; *l.* 11, § 5, ff. *de public.*

La loi 4, *Cod. de locat. præd. civil.*, contient une autre exception. Elle accorde une préférence aux fermiers des terres appartenant aux villes, après l'expiration du temps de leur bail, pour les avoir aux mêmes conditions.

Ces exceptions ne sont pas admises parmi nous.

Ce n'est pas une exception à notre règle, que lorsque le fermier ou locataire d'un héritage, depuis l'expiration du bail, a continué de jouir sans en être empêché par le locateur, le locateur est obligé de le laisser jouir pendant le temps de la reconduction; et que, *vice versâ*, ce fermier est obligé de continuer le bail pendant ce temps : car ces obligations respectives ne naissent pas du bail dont le temps est expiré, mais d'un nouveau bail tacite, qu'on présume être intervenu entre les parties, et qui s'appelle *tacite reconduction*, dont nous traiterons au chapitre suivant.

ARTICLE II.

Des cas auxquels le bail se résout de plein droit avant l'expiration du temps.

§ I. PREMIER CAS.

309. Le bail se résout avant l'expiration du temps, sans le consentement des parties, quand s'est éteinte, par cas fortuit, la chose qui a été louée; comme si la maison que je tenais à loyer a été incendiée par le feu du ciel.

Mais si c'était par la faute du locataire, il ne serait pas libéré.

§ II. SECOND CAS.

310. Le bail se résout aussi de plein droit avant l'expiration du temps, lorsque le fermier ou locataire a succédé au locateur, soit à la propriété, soit seulement à l'usufruit de l'héritage qu'il tenait de lui à ferme ou à loyer; car on ne peut être fermier de sa propre chose, ni d'une chose dont on a l'usufruit, comme nous l'avons vu *suprà*.

C'est pourquoi si le locateur a légué à son fermier l'usufruit de l'héritage qu'il tenait de lui à ferme, il est évident que ce fermier ne devra pas la ferme pour la récolte qu'il aura faite depuis sa demande en saisissement de legs, ni celles des années suivantes; car ces récoltes lui appartiennent : il ne les a pas faites comme fermier, mais comme usufruitier.

311. Est-il fondé à prétendre, en outre, contre l'héritier du locateur, la restitution des impenses qu'il a faites pour faire venir les fruits? La loi 34, § 1, ff. *de usufr.*, décide qu'il y est fondé : *Si colono tuo usumfructum fundi legaveris, usumfructum vindicabit, et cum herede tuo agat ex conducto, ut neque mercedes præstet, et impensas quas in culturam fecerat, recipiat.* La raison est que n'ayant pas eu la récolte en vertu du bail à ferme qui lui a été fait, il n'était pas tenu des impenses qu'il a faites pour parvenir à cette récolte; en les faisant, *locatoris negotia gerebat, existimans gerere suum;* et il en doit par conséquent avoir la répétition. On opposera que les impenses, qui se font pour faire venir les fruits, sont une charge des fruits, que devant les recueillir, comme légataire de l'usufruit de l'héritage, il est tenu des impenses qu'il a faites pour les faire venir. La réponse est que l'usufruitier n'est tenu de ces impenses que depuis que son usufruit a commencé, *ex quo dies legati usûsfructûs cessit*, et non de celles faites auparavant; car on lui a légué l'usufruit et la jouissance de l'héritage en l'état que s'est trouvé l'héritage, *quùm dies legati cessit.*

§ III. TROISIÈME CAS.

312. Lorsque le locateur a donné à bail un héritage en une qualité qui ne lui donnait qu'un droit résoluble de jouir, le bail se résout avant l'expiration du temps, par la résolution de son droit, survenue sans son fait.

Par exemple, si un usufruitier, ou un bénéficier, en sa qualité d'usufruitier ou de bénéficier; si un propriétaire grevé de substitution, en sa qualité de grevé de substitution, ont fait un bail d'une maison ou d'une métairie, et que cet usufruitier ou bénéficier vienne à mourir pendant le cours du bail, ou que la substitution vienne à s'ouvrir, le bail sera résolu de plein droit par la résolution du droit du locateur; *l.* 9, § 1, ff. *locat.*

Le locataire ayant connu la qualité du locateur, n'a contracté avec lui qu'en cette qualité; il savait que l'usufruitier n'avait le droit de jouir de l'héritage, ni par conséquent d'en accorder la jouissance à un autre, que pendant sa vie; pareillement, que le grevé n'avait droit d'en jouir que jusqu'à l'ouverture de la substitution. Il est donc censé n'avoir entendu l'affermer que pendant ce temps. Il y a une raison de plus à l'égard du bail fait par un usufruitier en sa qualité d'usufruitier, qui est que c'est son droit d'usufruitier qu'il est censé louer, plutôt que l'héritage, qui ne lui appartient pas. C'est pourquoi son droit, qui était le sujet du bail, ne subsistant plus, le bail ne peut plus subsister : *Non magis quàm insulâ exustâ tenetur locator; dict. l.* 9, § 1.

313. Mais si la résolution du droit du locateur

arrivait par son fait, comme il ne peut pas, par son fait, rompre ses engagemens, il ne serait pas libéré. C'est pourquoi, quoique la mort du bénéficier opère la résolution des baux qu'il a faits, la résignation du bénéfice ne l'opère pas; car le bénéficier n'a pas pu, par son fait, en résignant son bénéfice, rompre ses engagemens. Le résignant demeure donc toujours obligé envers le locataire à le faire jouir du bail pour le temps qu'il en reste à expirer.

Sur la question, si le résignataire est tenu de tenir le bail, voyez *suprà*, *n.* 303.

Pareillement lorsqu'un usufruitier a fait un bail en qualité d'usufruitier, si ce n'est pas par la mort, mais par son fait, que l'usufruit a été éteint, *putà*, par la remise qu'il en a faite au propriétaire, il demeure obligé à faire jouir le locataire ou fermier pendant tout le temps du bail. Le propriétaire, à qui l'usufruit a été remis, doit l'entretenir, si la remise lui a été faite à titre gratuit, parce qu'il doit reconnaissance à l'ancien usufruitier, qui a intérêt qu'il soit entretenu. Si la remise a été faite à titre onéreux, il n'y est pas obligé.

314. Le propriétaire, à qui l'usufruit est retourné, et le successeur au bénéfice, quand même ils auraient les droits cédés des héritiers de l'usufruitier ou du bénéficier, ne peuvent obliger le locataire ou fermier à entretenir le bail pour les années restantes du temps porté par le bail, de même que le locataire ne peut les y obliger. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du 19 juillet 1669, rapporté par Soefve, II, 4, 38. C'est une suite de notre principe, que le bail fait en leur qualité d'usufruitier ou de bénéficier, est censé n'être fait que pour le temps que devait durer leur droit; et n'étant fait que pour ce temps, il ne leur reste plus, après l'expiration de ce temps, aucun droit qu'ils aient pu céder.

315. Quoique le bail soit résolu par la mort de l'usufruitier ou du bénéficier, néanmoins le fermier ou locataire doit jouir, pendant l'année qui était commencée lors de cette mort, à la charge d'en payer la ferme ou le loyer sur le pied du bail; et par la même raison, il peut être contraint par le successeur de continuer l'exploitation pendant l'année commencée.

Si, depuis l'expiration de l'année commencée, le locataire ou fermier a recommencé une nouvelle année de jouissance, sans en être empêché par le successeur au bénéfice ou à l'usufruit, cette nouvelle jouissance est censée être une tacite reconduction, qui ne doit durer que pendant le temps que durent les tacites reconductions, pour le prix et aux conditions du dernier bail qui a été résolu par la mort de l'usufruitier ou du bénéficier. Voyez, *au cinquième tome du Journal*, *un arrêt du* 5 *mai* 1714.

316. Lorsque l'usufruitier ou le bénéficier ont fait le bail, non en leur qualité d'usufruitier ou de bénéficier, mais comme d'un héritage à eux appartenant; et pareillement lorsque le propriétaire grevé de substitution ne s'est point annoncé par le bail comme grevé de substitution, le bail n'est pas résolu par leur mort, ni par l'ouverture de la substitution; et quoique le successeur au bénéfice, ou le propriétaire à qui l'usufruit est retourné, ou les substitués, ne soient pas obligés de l'entretenir, et qu'ils puissent expulser le locataire ou fermier, parce qu'ils ne succèdent pas aux obligations de celui qui lui a fait le bail, les héritiers de celui qui lui a fait le bail, qui succèdent à ses obligations, succèdent à celle de faire jouir le locataire ou fermier; et ils sont en conséquence tenus de ses dommages et intérêts, s'il est expulsé; *l.* 9, § 1, ff. *locat.*

Par la même raison, *vice versâ*, le fermier ou locataire doit, nonobstant la mort du bailleur, continuer d'être obligé à l'entretien du bail; et le successeur au bénéfice, ou le propriétaire à qui l'usufruit est retourné, ou le substitué, en se faisant céder les droits du bail par les héritiers de l'usufruitier ou du bénéficier, s'ils veulent bien les céder, peuvent obliger le fermier ou locataire à la continuation du bail.

Ce que nous avons dit des baux faits par un usufruitier, ne doit pas s'appliquer à ceux qu'un mari a faits des héritages propres de sa femme. *Voyez* la raison de différence, *suprà*, *n.* 304.

§ IV. SI LE BAIL SE RÉSOUT PAR LA MORT DE L'UNE DES PARTIES.

317. Le bail ne se résout pas par la mort de l'une des parties; mais selon le principe commun à tous les contrats, les droits et les obligations, qui résultent du bail, passent en la personne de ses héritiers, ou de sa succession vacante.

Ce principe reçoit exception, lorsque le locateur a fait le bail en la qualité qu'il avait d'usufruitier de la chose; car, en ce cas, le bail se résout par la mort du locateur, comme nous l'avons vu, *suprà*.

Il reçoit une seconde exception, dans le cas auquel il n'est pas fait pour un temps déterminé, mais pour aussi long-temps qu'il plaira au locateur. Un tel bail finit par la mort du locateur : *Locatio precariò ità facta, quoad is qui locasset vellet, morte ejus qui locavit tollitur*; *l.* 4, ff. *locat.* Par la même raison, si le bail était fait pour tant qu'il plairait au conducteur d'en jouir, on devrait dire qu'il finirait par la mort du conducteur.

Mais en l'un et l'autre cas, je pense que le conducteur ou ses héritiers doivent achever l'année commencée.

SECTION II.

DES RÉSOLUTIONS DES BAUX A FERME OU A LOYER, QUI NE SE FONT PAS DE PLEIN DROIT.

Il y a des résolutions de baux à ferme ou à loyer qui ne se font pas de plein droit, mais qui peuvent être demandées, soit par le locateur, soit par le locataire. Nous rapporterons, dans un premier article, les causes pour lesquelles cette résolution peut être demandée, soit par le locateur, soit par le locataire. Nous traiterons, dans un second, du droit qu'a le propriétaire d'une maison, de demander la résolution du bail qu'il en a fait, pour l'avenir, lorsqu'il veut l'occuper.

ARTICLE PREMIER.

Des causes pour lesquelles la résolution d'un bail à ferme ou à loyer peut être demandée.

§ I. DES CAUSES POUR LESQUELLES ELLE PEUT ÊTRE DEMANDÉE PAR LE LOCATEUR.

318. La première cause, pour laquelle le locateur peut demander la résolution du bail, et expulser le locataire, est lorsque le locataire d'une maison n'a pas dans la maison une quantité suffisante de meubles pour répondre des loyers. Sur la quantité de meubles qu'il doit avoir, il faut suivre les usages des différens lieux. Notre Contume d'Orléans, *art.* 417, exige qu'il en ait de quoi répondre de deux termes à échoir.

Ce serait aussi une cause d'expulser le fermier d'une métairie, s'il n'avait pas les meubles et bestiaux nécessaires pour la faire valoir : mais il n'est pas obligé d'avoir des meubles de quoi répondre de deux termes à échoir, le seigneur de métairie ayant sa sûreté dans les fruits.

319. La loi 3, *Cod. loc.*, connue sous le nom de loi *Æde*, rapporte trois autres causes pour lesquelles le locateur peut résoudre le bail, et faire déloger le locataire malgré lui, avant l'expiration du temps : *Si propriis usibus dominus necessariam esse probaverit, aut corrigere domum maluerit, aut si conductrix malè in re versetur.*

La première de ces trois causes méritant une explication étendue, nous en traiterons séparément dans l'article suivant. Les deux dernières causes n'ont pas besoin d'une grande explication.

320. Lorsque la maison qui a été louée menace ruine, le propriétaire, qui a intérêt d'en prévenir la ruine pour conserver les matériaux, peut, pour la rebâtir, donner congé au locataire avant l'expiration du temps, quand même il serait assez imprudent pour y vouloir demeurer.

Si le locataire disconvenait de la nécessité de rebâtir la maison, le locateur devrait la constater par une visite. Voyez *ce que nous en avons dit dans les sections précédentes.* Au reste, il ne peut être contraint de déloger, que lorsqu'il faut abattre toute la maison. S'il y en a quelque partie à laquelle on ne touche point, dans laquelle le locataire veuille rester, on ne peut l'en empêcher.

321. Le locataire peut-il s'opposer à la résolution du bail, en offrant de sortir de la maison, à la charge d'y rentrer lorsqu'elle aura été reconstruite? Bruneman, *ad dict. l. Cod. loc.*, estime que ces offres du locataire doivent être admises. Je pense que cette décision ne doit avoir lieu que lorsque le propriétaire entend rebâtir sa maison telle qu'elle était. Mais si, étant obligé de la reconstruire, il veut bâtir une maison plus vaste ou plus belle, dont le loyer par conséquent devra être plus cher, je pense que la résolution du bail pour l'avenir doit être alors prononcée, sans qu'on doive, en ce cas, accorder au locataire la faculté de rentrer en la maison après qu'elle aura été reconstruite.

322. C'est pareillement une raison de donner congé au locataire avant l'expiration du bail, lorsqu'il ne jouit pas de la maison comme il doit en jouir; s'il la dégrade et la détériore; s'il en fait un bordel; si d'une maison bourgeoise il en fait un cabaret, un brelan, une forge, etc. Bien loin que le locateur lui doive, en ce cas, des dommages et intérêts, c'est le locataire qui lui en doit.

323. L'une ou l'autre de ces deux causes donne lieu à l'expulsion du locataire, quand même il y aurait une clause par le bail, que le locateur ne pourrait l'expulser pour quelque cause que ce soit. Il est évident que cette clause ne peut avoir aucune application à la première de ces deux causes, qui est le cas auquel il est nécessaire de rebâtir la maison qui menace ruine; car cette nécessité de rebâtir, pour en prévenir la ruine imminente, rend le délogement du locataire nécessaire, et la continuation de sa jouissance impossible : or, le locateur ne peut, par quelque clause que ce soit, s'obliger à l'impossible : *Impossibilium nulla obligatio est; l.* 185, *ff. de reg. Jur.* Il ne peut donc, en ce cas, être obligé par cette clause à continuer de faire jouir le locataire.

Cette clause ne peut pas plus s'appliquer à l'autre cause d'expulsion, qui est le cas auquel le locataire mésuse de la maison qui lui a été louée; car c'est une règle en fait de contrats synallagmatiques, que lorsqu'une des parties contrevient à ses obligations, elle n'est pas recevable à demander que l'autre partie satisfasse aux siennes. Le locataire, qui ne remplit pas ses obligations en n'usant pas, comme il le doit, de la maison qui lui a été louée, ne doit pas, en vertu de quelque clause que ce soit, demander

que le locateur lui continue la jouissance dont il mésuse.

324. Le locataire, qui est expulsé en l'un ou en l'autre de ces deux cas, ne peut prétendre aucun dédommagement, quand même il y aurait une clause expresse portée par le bail, que le locataire, au cas qu'il fût contraint de déloger, serait dédommagé de la somme de tant, cette clause de dédommagement ne pouvant avoir d'application qu'au cas auquel ce serait par le fait du locateur, ou par quelque fait dont le locateur serait garant, que le locataire serait obligé de déloger, et non pas dans le cas auquel ce serait une nécessité dont le locateur ne peut être garant, ni encore moins dans celui auquel le locataire aurait, par son propre fait, été contraint de déloger.

Néanmoins, s'il était dit expressément que le locataire serait dédommagé de la somme de tant, dans le cas où il serait nécessaire de rebâtir la maison avant l'expiration du bail, la clause, n'ayant rien d'illicite, devrait être exécutée.

§ II. DE QUELQUES CAUSES POUR LESQUELLES LE LOCATAIRE PEUT DEMANDER LA RÉSOLUTION DU BAIL.

325. Le locataire peut demander la résolution du bail, lorsque la maison devient inhabitable, faute de réparations, et que le locateur a été mis en demeure de les faire faire.

C'est aussi une cause pour laquelle un locataire est fondé à demander la résolution du bail, lorsqu'un voisin, en élevant sa maison, lui a ôté le jour dont il avait besoin : *Si vicine ædificante obscurentur lumina cœnaculi, quin liceat inquilino relinquere conductionem nulla dubitatio est; l.* 25, § 2, ff. *locat.*

Quoique l'élévation de la maison l'ait privé d'une partie du jour qu'il avait auparavant; s'il lui en reste encore suffisamment, il ne sera pas fondé à demander la résolution du bail : cela doit s'estimer *arbitrio boni viri*. On doit avoir égard à la profession qu'exerce le locataire : s'il exerce un métier pour l'exercice duquel il faille beaucoup de jour, on doit plus facilement lui accorder la résolution du bail.

§ III. DU CAS AUQUEL LA RÉSOLUTION DU BAIL PEUT ÊTRE DEMANDÉE PAR L'UNE OU PAR L'AUTRE DES PARTIES.

326. C'est le cas de la clause qu'on insère fort souvent dans les baux, par laquelle il est permis à chacune des parties de résoudre le bail au bout d'un certain temps, en avertissant l'autre. Par exemple, dans un bail fait pour neuf ans, on stipule souvent qu'il sera permis à chacune des parties de résoudre le bail au bout de trois ans, ou de six ans, en avertissant l'autre six mois auparavant.

Lorsque la clause porte un temps certain dans lequel l'avertissement doit se faire, il faut à cet égard suivre la clause à la lettre. C'est pourquoi, dans l'espèce proposée, celui qui veut résoudre le bail au bout de trois ans, doit avertir l'autre partie avant Noël, ou du moins le jour de Noël de la troisième année qui a commencé à la Saint-Jean. Il ne serait plus à temps après Noël, parce qu'il ne reste plus un temps entier de six mois avant l'expiration de trois ans.

Lorsque la clause n'a pas exprimé le temps dans lequel cet avertissement doit se faire, il doit se faire dans un temps suffisant pour que l'autre partie puisse trouver à louer sa maison, si c'est le locataire qui veut résoudre le bail; ou, si c'est le locateur, dans un temps suffisant pour que l'autre partie puisse trouver à se pourvoir d'une autre maison, lequel temps doit être laissé à l'arbitrage du juge.

327. Cet avertissement peut se faire verbalement, lorsqu'on est assuré de la partie à qui il est fait, et qu'elle n'en disconviendra pas; sinon, il faut faire une signification par un huissier; car si l'avertissement n'ayant été fait que verbalement, la partie, à qui il a été fait, avait la mauvaise foi d'en disconvenir, celle qui l'aurait fait ne serait pas reçue à le prouver par témoins, si le loyer des années qui restent à expirer montait à plus de 100 livres; la preuve par témoins de toutes choses dont on a pu se procurer une preuve par écrit, lorsque l'objet excède 100 liv., étant refusée par l'Ordonnance.

328. Celui, qui a averti, ne peut plus, après l'avertissement, changer de volonté, malgré l'autre partie. S'étant dégagé par cet avertissement envers elle pour le restant du temps du bail, il est juste qu'il la dégage aussi envers lui.

Quoique cette clause soit ordinairement réciproque dans les baux, néanmoins, si elle était accordée par le bail à l'une des parties, elle ne serait pas accordée à l'autre, et il n'y aurait que celle pour qui elle aurait été stipulée qui pourrait en user.

ARTICLE II.

Du droit qu'a le propriétaire locateur de résoudre le bail qu'il a fait de sa maison, lorsqu'il veut l'occuper lui-même.

Nous verrons, sur ce droit des propriétaires établi par la fameuse loi *Æde*, ci-dessus rapportée, 1° en quels cas il a lieu; 2° quel locateur a ce droit; 3° sous quels tempéramens; 4° si un propriétaire peut y renoncer; 5° pour quels héritages il a lieu.

§ I. EN QUELS CAS Y A-T-IL LIEU AU DROIT QU'ACCORDE LA LOI AU PROPRIÉTAIRE DE RÉSOUDRE LE BAIL QU'IL A FAIT DE SA MAISON, POUR LA VENIR OCCUPER LUI-MÊME.

329. Selon les termes de cette loi : *Si neces-*

sorium esse probaverit, le propriétaire ne devrait pas être indistinctement admis à déloger son locataire, mais seulement lorsqu'il paraîtrait que cette maison lui est nécessaire.

C'est pourquoi si un propriétaire, qui a loué sa maison, se trouvait logé dans une autre, soit à lui appartenante, soit qu'il tînt à loyer, et dont le bail ne fût pas expiré; à s'en tenir aux termes de la loi, il ne devrait pas être admis à déloger son locataire, à moins qu'il ne fût survenu un changement dans son état qui lui rendît nécessaire la maison qu'il a louée; celle qu'il occupe se trouvant, au moyen de son changement d'état, trop petite pour lui, ou trop éloignée du quartier où est le siége de ses affaires.

Il paraît, néanmoins, que l'usage a prévalu d'admettre indistinctement le seigneur d'hôtel à donner congé à son locataire avant l'expiration du bail, toutes les fois qu'il veut l'occuper en personne.

On exige seulement de lui qu'il affirme par serment, s'il en est requis, que le congé qu'il donne est dans la vue de venir occuper lui-même sa maison, et qu'il y vienne effectivement. Il suffit même qu'il en veuille occuper une partie : mais en ce cas, le locataire doit avoir le choix de rester dans la partie que le propriétaire lui laisse, pour une partie du loyer proportionnée à cette partie, ou de faire résoudre le bail pour le total de la maison. Il faut que la partie de la maison, que le propriétaire veut venir occuper, soit une partie considérable de la maison; le congé paraîtrait frauduleux, s'il ne voulait en occuper qu'une très petite partie.

§ II. QUEL LOCATEUR A LE DROIT ACCORDÉ PAR LA LOI ÆDE.

330. Il n'y a que le propriétaire qui puisse user de ce droit. Quoiqu'un principal locataire use vis-à-vis des sous-locataires qui tiennent de lui, de tous les autres droits d'un propriétaire bailleur, néanmoins il ne peut user de celui-ci, qui n'est accordé qu'au propriétaire, *nisi domino*.

Celui, qui n'est propriétaire qu'en partie, ne peut l'exercer; *arrêts du* 27 *août* 1616, *et du* 22 *août* 1628, rapportés par Brodeau, sur la lettre *L, art.* 4, *n.* 4. Mais il le peut, lorsqu'il a pour cet effet le consentement de ses copropriétaires; *arrêt du* 17 *mai* 1629, *ibid.*

Lorsque le propriétaire n'a que la nue propriété de la maison, je pense qu'il ne peut exercer ce droit qu'avec le consentement de l'usufruitier, à qui le droit de jouir de la maison appartient tant que l'usufruit dure.

331. C'est une question, si un usufruitier peut user de ce droit. Pour la négative, on allègue que la loi dit, *si* DOMINUS; que ce droit, que la loi accorde aux propriétaires, *est jus singulare*, qui n'est pas susceptible d'extension. Pour l'affirmative, on dit que, quoique l'usufruitier ne soit pas proprement *dominus*, il a, quant au droit de jouir, tout le droit du propriétaire; il est à cet égard *loco domini*. On trouve, sur cette question, dans Brillon, un arrêt qui l'a jugée contre l'usufruitier; c'était, dans l'espèce de l'arrêt, un acquéreur par bail à vie.

332. Le titulaire d'un bénéfice peut user de ce droit pour une maison dépendante de son bénéfice; car quoiqu'il ne soit pas proprement propriétaire, néanmoins il le représente parfaitement.

Je penserais aussi qu'un chanoine peut l'exercer pour sa maison canoniale, quoiqu'il ne la tienne qu'à loyer du chapitre pour sa vie canoniale; l'esprit de l'Église étant que les chanoines occupent leurs maisons, et qu'ils soient dans leur cloître, retirés du commerce des gens du monde, pour vaquer à la prière et à l'étude.

333. Le mari peut aussi exercer le droit de la loi *Æde* pour une maison du propre de sa femme : il a même été jugé, par arrêt du 8 janvier 1636, rapporté par Brodeau sur Louet, à la lettre *L., art.* 4, *n.* 4, qu'une mère, tutrice légitime d'une fille demeurante avec elle, pouvait exercer ce droit.

334. De ce que le privilége de la loi *Æde* n'est accordé qu'au propriétaire, il n'en faut pas conclure que le locataire soit fondé à demander à celui qui veut user de ce privilége, qu'il justifie de son droit de propriété; il suffit qu'il soit possesseur de la maison, comme s'en portant pour le propriétaire, pour qu'il soit présumé l'être, jusqu'à ce qu'il soit évincé par le véritable propriétaire.

§ III. DES TEMPÉRAMENS SOUS LESQUELS LE PROPRIÉTAIRE PEUT USER DE LA LOI ÆDE.

Premier tempérament.

335. Le propriétaire, qui veut venir occuper lui-même la maison qu'il a louée, ne peut donner congé à son locataire que pour le prochain terme.

Nous avions autrefois à Orléans deux termes de délogemens pour les maisons, la Saint-Jean et Noël : il n'y a plus que le terme de Saint-Jean qui soit usité. C'est pourquoi, à Orléans, le propriétaire ne peut donner congé à son locataire que pour le terme de Saint-Jean.

Second tempérament.

336. Le propriétaire, qui veut venir occuper la maison avant l'expiration du temps du bail, doit ordinairement en avertir le locataire dans un temps suffisant avant le prochain terme, pour

que le locataire puisse trouver à se pourvoir d'une autre maison.

On doit, à cet égard, suivre les usages des différens lieux.

A Orléans, plusieurs prétendent que le propriétaire doit avertir le locataire trois mois avant le terme, faute de quoi le congé qu'il donne au locataire ne doit être déclaré valable que pour l'année suivante. La jurisprudence n'en est pas bien constante; il serait fort équitable de l'admettre, lorsque le propriétaire, qui a tardé à avertir le locataire, a pu l'avertir plus tôt.

Mais lorsque c'est par un accident imprévu et nouvellement survenu qu'il se trouve avoir besoin de la maison qu'il a louée, il est recevable à signifier le congé à son locataire, quoique peu de jours avant la Saint-Jean.

Il faut aussi avoir égard à la qualité du locataire. S'il est d'un état à ne pas trouver facilement une maison convenable à son état, le propriétaire ne peut le déloger qu'il ne lui ait laissé un temps assez considérable pour qu'il puisse se pourvoir ailleurs. Si c'est un bourgeois à qui il soit indifférent où il demeure, il n'a pas besoin d'un aussi long temps.

Troisième tempérament.

337. C'était autrefois l'usage du châtelet de Paris, que le propriétaire de la maison qui délogeait son locataire en vertu de la loi *Æde*, avant l'expiration du temps du bail, fût tenu de lui faire, pour dédommagement, la remise d'une demi-année de loyer. C'est ce qui paraît par un arrêt de 1648, confirmatif d'une sentence du châtelet de Paris, lequel est rapporté par Soefve, *cent.* 11, *ch.* 71. Il paraît qu'on s'est départi à Paris de cet usage, et que l'usage y est aujourd'hui de ne plus adjuger au locataire, en ce cas, aucun dédommagement.

A Orléans, l'usage d'accorder le dédommagement d'une demi-année est constamment suivi, lorsqu'on fait déloger le locataire, qui était déjà entré en jouissance. Mais comme c'est principalement pour les frais du délogement que ce dédommagement est accordé, si le propriétaire signifie le résiliement du bail au locataire avant qu'il soit entré en jouissance, on ne lui adjuge ordinairement aucun dédommagement.

338. Lorsque l'état du locataire demande un dédommagement plus fort que celui d'une demi-année de loyer; comme si c'est un aubergiste qui a été obligé de faire des provisions qui lui demeurent inutiles lorsqu'on lui fait quitter son auberge; si c'est un teinturier qui est obligé de placer à grands frais des chaudières; dans ces cas et autres semblables, on renvoie pardevant des experts pour fixer le dédommagement.

Quelquefois les parties règlent elles-mêmes par le bail le dédommagement qui sera dû au locataire, si le propriétaire le fait déloger pour venir occuper sa maison; elles peuvent le régler à telle somme que bon leur semble.

§ IV. SI LE PROPRIÉTAIRE PEUT RENONCER A LA LOI ÆDE.

339. Le propriétaire peut renoncer entièrement par le bail au droit que la loi lui donne d'occuper sa maison, si elle lui était nécessaire pendant le cours du bail; et cette convention est valable; car on peut, par des conventions, déroger aux lois, lorsqu'elles n'ont pour objet qu'une utilité particulière. C'est sur ce principe qu'Ulpien dit : *Pacisci contra edictum ædilium omni modo licet; l.* 31, ff. *de pact.*

Il n'y a que le propriétaire ou son fondé de procuration spéciale qui puisse faire cette renonciation. Celui, à qui j'aurais donné procuration de louer ma maison pour tel prix et à telles conditions qu'il jugerait à propos, n'a pas pouvoir de consentir pour moi cette renonciation. La procuration ne doit s'entendre que des *conditions* qui sont ordinaires dans les baux.

340. La clause, par laquelle le locateur promet de ne point contrevenir aux obligations du bail, et y affecte spécialement la maison, n'emporte pas de renonciation au droit accordé par la loi *Æde* aux propriétaires de maisons; car un propriétaire, en usant de ce droit, ne contrevient point aux obligations du bail, qui est toujours censé renfermer tacitement la faculté de pouvoir occuper lui-même sa maison, lorsqu'elle lui sera nécessaire; *arrêt du* 9 *avril, cité par Brodeau sur Louet, lettre L, ch.* 4, *n.* 10.

Par la même raison, l'acquéreur, qui achète du locateur la maison à la charge de l'entretien du bail, n'est pas censé renoncer au droit de la loi *Æde*, à moins que le bail, de l'entretien duquel il est chargé, ne contînt la clause de renonciation à cette loi.

341. Il nous reste à observer que ce droit n'a lieu que pour des maisons destinées principalement pour habiter, soit qu'elles soient situées dans les villes, soit même qu'elles soient situées à la campagne. Mais il n'a pas lieu à l'égard des métairies; car les métairies ne sont pas comprises sous le nom d'*ædes* dont la loi parle; et ce droit établi pour les maisons, étant un droit exorbitant, et contraire au droit commun, ne doit pas être étendu. C'est pourquoi un propriétaire, qui a donné à ferme sa métairie, fût-il lui-même laboureur de profession, ne peut pas donner congé à son fermier, avant l'expiration du bail, sous prétexte qu'il en a besoin, et qu'il veut l'exploiter lui-même.

Quoiqu'il y ait quelque petit morceau de terre

labourable qui dépende d'une maison, si ce murceau de terre est un objet peu considérable en comparaison de la maison, cela ne fera pas passer la maison pour une métairie, et n'empêchera pas que la maison ne doive être considérée comme une maison destinée à habiter, sur laquelle le propriétaire locateur peut exercer le privilége de la loi *Æde*.

SIXIÈME PARTIE.

De la tacite reconduction; de quelques autres espèces particulières de contrats de louage de choses; des promesses de louer, et des arrhes.

SECTION PREMIÈRE.

DE LA TACITE RECONDUCTION.

Nous verrons, sur la tacite reconduction, 1° ce que c'est; sur quelle raison elle est fondée, et en quel cas elle a lieu; 2° pour quel temps; 3° quelles sont les obligations et quels sont les droits qui en résultent; 4° si le droit de tacite reconduction s'étend à d'autres contrats qu'aux baux à ferme ou à loyer d'héritages.

ARTICLE PREMIER.

Ce que c'est que la tacite reconduction, et en quels cas elle a lieu.

342. La reconduction est un contrat de louage d'une chose; contrat qu'on présume être tacitement intervenu entre le locateur et le conducteur, lorsqu'après l'expiration du temps d'un précédent bail, le conducteur a continué de jouir de la chose, et que le locateur l'a souffert.

Cette reconduction n'est donc point le précédent bail qui continue, mais un nouveau bail formé par une nouvelle convention tacite des parties, lequel succède au précédent.

C'est ce qui résulte de la loi 14, ff. *locat. Qui ad certum tempus conduxit, finito quoque tempore, colonus est; intelligitur enim dominus, quùm patitur colonum in fundo esse, ex integro locare; l.* 14, ff. *locat.*

343. La tacite reconduction est fondée sur une présomption de droit établie par cette loi que l'usage a adoptée, même dans les provinces de droit coutumier, quoique les lois coutumières de ces provinces ne s'en soient pas expliquées : il y en a néanmoins quelques unes qui s'en sont expliquées, comme Orléans, *art.* 420; Reims, *art.* 388, *etc.*

Cette présomption n'est pas une présomption *juris et de jure*; mais c'est seulement une présumption de droit, *præsumptio juris*.

344. Du principe que nous venons d'établir, que cette reconduction se forme par le consentement présumé du locateur, qui, en souffrant que son fermier continue l'exploitation de sa métairie, est censé vouloir la lui louer aux mêmes conditions; et par celui du fermier, qui, en continuant cette exploitation, est présumé vouloir la tenir de nouveau aux mêmes conditions, dérivent les conséquences suivantes. 1° Il s'ensuit que si, dès avant l'expiration du bail, le locateur avait donné la demande contre son fermier ou locataire pour l'expulser, et que le procès se trouvât pendant au temps de l'expiration du bail, il n'y aurait pas lieu à la tacite reconduction, quoique le locataire ou fermier fût resté quelque peu de temps en jouissance depuis l'expiration du bail; car on ne peut pas présumer dans le locateur la volonté de lui renouveler un bail dans un temps où il plaide pour l'expulser.

345. Il s'ensuit, 2° à plus forte raison, que si, au temps de l'expiration du bail, l'une des parties n'était pas capable de consentement, il n'y aurait pas lieu à la reconduction : *Si interim dominus furere cœperit, vel decesserit, fieri non posse Marcellus ait, ut locatio redintegretur; dict. l.* 14.

Ce que la loi dit, *si furere cœperit*, doit s'entendre du cas auquel ce locateur se trouverait, lors de l'expiration du bail qu'il a fait, privé de l'usage de la raison, sans qu'il lui eût été pourvu de curateur. Il est évident qu'en ce cas il ne pourrait pas y avoir lieu à la présomption d'une tacite reconduction. Mais si, lors de l'expiration du bail, le locateur avait un curateur qui eût souffert que le fermier ou locataire continuât de jouir, il y aurait lieu à la présomption d'une tacite reconduction.

346. Il suit aussi, 3° du même principe, qu'il

n'y a pas lieu à la tacite reconduction dans les baux judiciaires; car on ne peut pas dire que le commissaire, à qui seul il appartient de faire les baux judiciaires, ait loué tacitement de nouveau l'héritage saisi au fermier judiciaire, ce commissaire ne pouvant faire qu'en justice les baux des héritages saisis.

347. Si le locateur était une personne à qui on eût donné un conseil, dont elle fût tenue de prendre l'avis par écrit pour tous les actes qu'elle passerait, il ne pourrait y avoir lieu à la tacite reconduction, qui ne peut être intervenue, puisque cette personne n'est pas capable de renouveler le bail sans un avis par écrit de son conseil.

348. Ce que la loi dit, *si decesserit*, s'entend en ce sens, si, lors de l'expiration du bail, il n'y avait ni héritier, ni curateur à la succession du locateur : car s'il y en avait un, cet héritier succédant à la qualité de locateur, et à la propriété de l'héritage; il est lui-même censé renouveler tacitement le bail, en permettant que le fermier continue l'exploitation.

Si, lors de l'expiration du bail, il y avait un héritier, mais qui n'eût pas encore pris qualité, y aurait-il lieu à la tacite reconduction? Je pense qu'il pourrait y avoir lieu; car un héritier, lorsqu'il s'est porté héritier, est facilement présumé avoir eu la volonté de l'être dès avant qu'il l'ait déclaré, et avoir, en sa qualité d'héritier, consenti à la reconduction, lorsque le fermier ou le locataire ont commencé à jouir de nouveau; *Menoch. præs.* 111, 85, 26.

349. Le droit romain présume la tacite reconduction, lorsque, depuis l'expiration du bail, le fermier ou locataire est demeuré dans l'héritage, sans fixer ni déterminer le temps pendant lequel il doit y demeurer.

Pour qu'il y ait lieu à cette présomption, il faut qu'il y soit resté un temps suffisant pour que le locateur ait pu en avoir avis, et le sommer d'en sortir, s'il ne voulait pas lui continuer un nouveau bail; et ce temps s'estime suivant les Coutumes ou l'usage des lieux.

Notre Coutume d'Orléans décide, *art.* 420, qu'il y a lieu à la tacite reconduction, lorsque le locataire d'une maison y est demeuré huit jours depuis l'expiration du bail, sans que le locateur lui ait dénoncé d'en déloger.

Il faut, pour cela, que le locataire n'ait pas commencé à déloger dans la huitaine, car le fait du délogement résiste à la présomption de la volonté de la reconduction.

350. Si le locateur n'avait pas à la vérité dénoncé au locataire de sortir dans la huitaine depuis l'expiration du bail, mais qu'il eût dans ce temps, ou même dès avant l'expiration du bail, fait un bail à un autre, dont l'antériorité de la date fût constante, le locataire serait-il, en ce cas, admis, après la huitaine, à faire sortir l'ancien locataire, pour faire place à celui à qui il a fait le nouveau bail? Pour l'affirmative, on dira que le nouveau bail qu'il a fait au nouveau locataire, empêche de pouvoir présumer que le locateur ait voulu renouveler un bail à l'ancien, et consentir à une tacite reconduction; et que n'y en ayant point, l'ancien locateur ne peut se défendre de quitter l'occupation de la maison dont le bail est expiré. Nonobstant ces raisons, j'estime que, quoiqu'on ne puisse pas dire qu'il y ait une tacite reconduction, le bail, que le locateur a fait au nouveau locataire, résistant à cette présomption, néanmoins on doit décider que le locateur doit laisser jouir l'ancien locataire, comme s'il y avait effectivement une tacite reconduction; parce qu'on ne l'avertissant pas dans la huitaine de sortir, il l'a induit en erreur, lui a donné lieu de croire qu'il y avait reconduction, et lui a fait manquer les occasions qu'il aurait pu avoir de se pourvoir d'une autre maison.

351. La Coutume de Reims, *art.* 390, se contente d'un temps encore plus court que celui fixé par notre Coutume d'Orléans. Pour présumer la reconduction, il suffit, suivant cette Coutume, que le conducteur ait continué de jouir de la maison passé le jour de Saint-Pierre, qui est cinq jours après celui de Saint-Jean, auquel les louages des maisons commencent.

352. A l'égard des héritages de campagne, il y a lieu à la tacite reconduction, lorsque depuis l'expiration du bail pour les bâtimens, le fermier a continué d'y demeurer; comme aussi lorsque, après l'expiration de la dernière année, il a commencé les façons et labours de l'année suivante. Mais comme il pourrait arriver qu'il les fît à l'insu du locateur, le locateur peut empêcher la tacite reconduction, en faisant défenses au fermier de continuer, dans un temps suffisant pour qu'il ait pu avoir avis de la continuation d'exploitation du fermier, et pour lui faire ces défenses. Ce temps doit être laissé à l'arbitrage du juge dans les Coutumes qui ne l'ont pas fixé. Celles de Lille et de la Salle de Lille donnent au propriétaire jusqu'à la Chandeleur, pour sommer le fermier qui a, depuis l'expiration du bail, labouré et ensemencé les terres, de cesser l'exploitation, à la charge de lui offrir le remboursement des labours et semences.

353. Quelques Coutumes font résulter une tacite reconduction, non seulement de la continuation de jouissance de la maison ou autre héritage depuis l'expiration du bail, mais de cela seul qu'aucune des parties n'a dénoncé à l'autre, avant l'expiration du bail, qu'elle n'entendait plus continuer la location ou conduction. C'est

la disposition de la Coutume du Bourbonnais, *chap.* 13, *art.* 124.

Entre ces Coutumes, il y en a qui fixent un temps dans lequel cette dénonciation doit être faite. Saint-Flour veut que ce soit six mois avant l'expiration du bail; Auxerre se contente que ce soit quinze jours auparavant. Il y en a d'autres qui ne fixent aucun temps, comme Bourbonnais, en l'article ci-dessus cité. Dans celles-ci, la dénonciation peut se faire le dernier jour du terme.

354. Il n'y a pas de tacite reconduction, lorsque les parties sont expressément convenues par le bail qu'il n'y en aurait pas. Par exemple, si, par le bail à ferme d'une métairie, il avait été dit qu'il ***finirait à tel temps, sans que le fermier pût prétendre qu'il y eût reconduction, quand même depuis ledit temps il aurait continué d'exploiter la métairie***, rien n'empêche qu'une telle clause ne soit valable et ne doive être exécutée. C'est pourquoi, si, après l'expiration du bail fait avec cette clause, le fermier a labouré et ensemencé les terres de la métairie, le propriétaire ne laissera pas de pouvoir l'expulser, à la charge de lui payer le prix de ses labours et semences.

355. Observez, néanmoins, que cette clause n'a d'autre objet que d'empêcher les surprises, et qu'elle n'exclut que les tacites reconductions qui résulteraient d'une continuation d'exploitation à laquelle le propriétaire n'aurait pas fait attention : mais elle n'exclut pas la tacite reconduction, lorsque la volonté de la tacite reconduction paraît d'ailleurs; car les parties, qui ne voulaient pas, au temps du bail, qu'il y eût de reconduction, n'ont ni pu ni voulu par cette clause s'interdire la liberté de changer de volonté. Le propriétaire doit surtout être non recevable à prétendre, sous le prétexte de cette clause, expulser le fermier, lorsqu'il a laissé passer tout le temps des risques sur les fruits, et qu'il a attendu à la veille d'une récolte abondante à vouloir expulser le fermier.

356. Observez que cette clause n'est censée mise qu'en faveur du bailleur, et qu'il n'y a que lui qui puisse l'opposer; car il est évident que le fermier, qui, après l'expiration du bail, continue la culture de la terre, ne peut nier qu'en faisant cela il a la volonté de continuer d'en être le fermier.

357. Lorsque cette clause se trouve dans un bail à loyer d'une maison de ville, comme lorsqu'il est dit, ***sans qu'il puisse y avoir lieu à aucune reconduction, dans le cas auquel le locataire continuerait d'occuper la maison depuis l'expiration du bail***; je pense que la clause est censée mise tant pour l'une que pour l'autre des parties, et que le sens de cette clause est, non d'exclure absolument toute reconduction, mais d'exclure celle qui pourrait être prétendue jusqu'au terme suivant, et de la restreindre au temps que le locataire a continué d'occuper la maison, et que le bailleur l'a souffert.

ARTICLE II.

Pour quel temps a lieu la tacite reconduction.

358. Suivant le droit romain, la tacite reconduction des biens de campagne n'avait lieu que pour l'année qui suivait immédiatement la dernière du bail qui était expiré; c'est-à-dire, qu'elle donnait au fermier le droit de percevoir les fruits de cette année, pour le même prix pour lequel il avait perçu ceux de chacune des années du bail expiré.

A l'égard des maisons de ville, la tacite reconduction n'avait lieu que pour autant de temps que le locataire avait occupé la maison, du consentement du locateur : ***In urbanis prædiis contra ut prout quisque habitaverit, ita et obligetur***; *l.* 13, § 11, *locat.*

359. Il en est autrement dans notre droit. Lorsque le locataire d'une maison est demeuré en jouissance, la tacite reconduction a lieu pour une année entière, dans les lieux où les baux des maisons n'ont coutume de se louer que pour une ou plusieurs années.

C'est en conséquence de ce principe, que suivant l'article 420 de notre Coutume d'Orléans, le locataire, qui a continué de jouir de la maison qu'il tenait, huit jours après le jour de Saint-Jean-Baptiste, auquel son bail était expiré, peut être contraint de tenir ce bail jusqu'au jour de Saint-Jean de l'année suivante, et que le locateur pareillement ne peut l'en faire sortir plus tôt.

La raison est, que l'usage étant de faire les baux des maisons pour une ou plusieurs années, les parties sont censées avoir fait, suivant cet usage, une reconduction pour une année; et elles sont d'autant plus obligées de l'entretenir, que si le locataire était reçu à se déporter de la reconduction, et à remettre la maison au locateur avant la fin de l'année, il ferait un tort évident au locateur, qui ne pourrait pas facilement trouver à louer sa maison en sur-terme et avant la Saint-Jean; l'usage étant de ne faire les baux des maisons que pour en commencer la jouissance au jour de Saint-Jean; et pareillement le locateur ferait préjudice au locataire, s'il l'obligeait de déloger avant la Saint-Jean, parce que le locataire ne trouverait pas facilement à se pourvoir d'une autre maison avant ce terme.

Dans les lieux où l'usage est de faire les baux à loyer pour six mois, et dans ceux où l'usage est de les faire pour trois mois, comme à Paris,

le temps de la tacite reconduction est de six mois seulement ou de trois mois, suivant les différens usages des lieux.

360. A l'égard de la tacite reconduction des héritages de campagne, il faut distinguer; lorsque c'est un héritage dont la jouissance est distribuée en plusieurs portions, qu'on appelle *soles* en saisons, le temps de la tacite reconduction est d'autant d'années qu'il y a de saisons.

Par exemple, en Beauce, en Picardie, en Flandre, où les terres sont distribuées en trois portions ou saisons, qui sont tour à tour chacune ensemencées, une année en blé, la seconde en mars, et qui se reposent la troisième année, la tacite reconduction est de trois ans; car comme ces saisons ou portions de terre sont ordinairement inégales, soit par la qualité, soit par la quantité des terres, et que néanmoins le prix de la ferme qui se paie par chaque année est le même, il est nécessaire, pour l'égalité, que le fermier, qui jouit par la tacite reconduction, jouisse des trois saisons. Les Coutumes de Lille et de la Salle de Lille en ont une disposition; c'était l'avis de Barthole. Cela se pratique aussi en Allemagne et en Espagne, suivant que nous l'apprenons de Bruneman, *ad l.* 16, *Cod. de locat.*, et de Molina par lui cité.

Ajoutez que cette tacite reconduction n'est autre chose qu'un nouveau bail, qu'on présume être tacitement intervenu entre les parties, par lequel les parties ne se sont pas expliquées sur le temps de sa durée. Or, suivant les principes établis *suprà*, *n.* 28, un bail de terres partagées en deux ou trois saisons, par lequel les parties ne se sont pas expliquées sur le temps de sa durée, est censé fait pour autant d'années qu'il y a de saisons.

Dans notre Val-de-Loire, où les terres se partagent en deux saisons, dont l'une tour à tour est ensemencée, et l'autre se repose, le temps de la reconduction est de deux ans.

La tacite reconduction des vignes, des prés, et des autres terres qui ne se partagent point en saisons, a lieu pour un an.

361. Lorsqu'une métairie, dont les terres sont partagées en deux saisons, a été donnée à ferme pour le temps d'un an seulement, et qu'après l'expiration de ce bail, le fermier, qui n'avait la jouissance que d'une saison, commence à labourer et ensemencer les terres de l'autre saison, qui étaient en saison de repos, lors du temps de son bail, y aura-t-il lieu à la tacite reconduction, surtout si les saisons sont inégales, soit pour la qualité, soit pour la quantité des terres de chaque saison?

Il n'y aura pas lieu, à la vérité, à l'espèce de tacite reconduction dont nous traitons, qui a lieu lorsque le fermier, après l'expiration de son bail, recommence la jouissance des terres qui lui avaient été affermées par le précédent bail qui est expiré; car, dans la présente espèce, on ne lui avait affermé par le bail qui est expiré, que les terres d'une saison : mais ce n'est pas des terres de cette saison, c'est de celles de la saison de l'année suivante qu'il a commencé de jouir. S'il n'y a pas lieu, dans cette espèce, à la sorte de tacite reconduction dont nous traitons, on ne peut disconvenir que le commencement d'exploitation du laboureur au vu et au su du propriétaire, et la souffrance du propriétaire, ne fassent présumer un bail tacitement intervenu entre les parties. La question est si ce bail tacite sera de deux ans, ou seulement d'un an. Ceux, qui soutiennent qu'il doit être de deux ans, se fondent sur le principe posé ci-dessus, que la durée des baux de terres partagées en deux ou trois saisons, est d'autant d'années qu'il y a de saisons. Pour l'opinion contraire, on dit que ce principe a lieu dans la thèse générale; mais que, dans l'espèce particulière, ce bail tacite succédant au précédent bail qui n'avait été fait que pour un an par les mêmes parties, la présomption est qu'elles l'ont voulu faire pour le même temps pour lequel elles avaient fait le premier. A l'égard du prix de ce nouveau bail, il ne sera pas, comme dans les tacites reconductions ordinaires, le même que celui du précédent bail; mais il devra être réglé par arbitres; car le prix du précédent bail n'étant le prix que d'une saison qui peut être beaucoup plus ou beaucoup moins précieuse que la jouissance de l'autre saison, il ne serait pas juste que le prix de cette saison fût le prix de l'autre.

362. Lorsque le temps de la tacite reconduction n'est que d'un an, et que le locataire ou fermier, depuis l'expiration du bail par écrit, a joui pendant plusieurs années, il faut supposer autant de conventions de reconduction, autant de baux par reconduction qu'il y a d'années : si c'est une métairie dont la reconduction est de trois ans, il y aura ou autant de reconductions qu'il y aura de jouissances triennales.

§ I. QUELLES SONT LES OBLIGATIONS ET QUELS SONT LES DROITS QUI RÉSULTENT DE LA TACITE RECONDUCTION.

363. La reconduction est censée faite pour le même prix que celui du précédent bail, et aux mêmes conditions. Les engagemens respectifs du locateur et du conducteur sont les mêmes qu'ils étaient dans le précédent bail.

364. Si le fermier, par le bail, s'était soumis à la contrainte par corps pour les obligations du bail, est-il censé s'y être pareillement soumis par la reconduction pour les obligations de la reconduction? Je ne le croirais pas. La con-

trainte par corps est quelque chose de trop dur, pour qu'une personne puisse être réputée s'y être soumise, à moins qu'elle ne s'y soit soumise expressément.

Si la reconduction s'était faite, non avec le fermier, mais avec l'héritier de ce fermier, il serait, en ce cas, hors de doute qu'il n'y aurait pas lieu à la contrainte par corps; car la soumission à la contrainte par corps est personnelle à la personne qui s'y est soumise; et on ne peut pas dire que l'héritier du fermier, mort durant le cours du bail, s'y soit soumis pour les obligations de la reconduction, puisqu'il n'y était pas soumis pour celles du bail.

365. Si, par le bail qui est expiré, il y avait un pot-de-vin, on doit pareillement supposer, dans la tacite reconduction, la convention d'un semblable pot-de-vin, proportionné à la durée de la reconduction.

Par exemple, si le bail d'une maison, qui est expiré, était de six ans, et que le preneur eût payé un pot-de-vin de 60 liv., on doit dans la tacite reconduction d'une année, qui est la sixième partie du temps du bail expiré, supposer la convention d'un pot-de-vin de la somme de 10 liv., qui est la sixième portion de celui stipulé par le bail qui est expiré; et le bailleur peut incontinent exiger le pot-de-vin du preneur.

366. Le locateur a-t-il les mêmes hypothèques pour les loyers et fermes de la reconduction qu'il avait pour ceux du précédent bail?

La loi 13, § 11, ff. *locat.*, décide que oui, pourvu que ce ne soit pas un autre que le conducteur qui ait donné ces gages et hypothèques; car la reconduction étant une nouvelle convention qui ne se passe qu'entre le locateur et le conducteur, elle ne peut, sans un nouveau consentement du tiers, obliger aux fermes et loyers de la reconduction les gages que ce tiers n'a entendu obliger qu'à ceux du premier bail : *Qui impleto tempore remansit in conductione, non solùm reconduxisse videtur, sed etiam pignora videntur durare obligata : sed hoc ità verum est, si non alius pro eo in priore conductione res obligaverat; hujus enim novus consensus erit necessarius; dict. l.* 13, § 11.

Par la même raison, quand même les choses hypothéquées au premier bail seraient des choses que le conducteur y aurait lui-même hypothéquées, et qui lui appartenaient alors; si, depuis, elles ont cessé de lui appartenir, elles ne seront pas hypothéquées aux obligations de la tacite reconduction, le conducteur ne pouvant pas hypothéquer des choses qui ne lui appartiennent plus.

Par la même raison, il est décidé en la loi 7, *cod. dict. tit.*, que les fidéjusseurs, qui ont cautionné le fermier ou locataire pour le bail, ne sont point obligés à la reconduction, cette reconduction étant un nouveau bail auquel ils ne sont point obligés.

367. Dans notre droit français, l'hypothèque, que le précédent bail, passé pardevant notaires, a donnée au locateur sur les biens de son locataire ou fermier, n'a lieu que pour les obligations de ce bail, et non pour celles de la reconduction; car la reconduction n'est point une suite de ce bail pour lequel il a acquis une hypothèque : c'est un nouveau bail, lequel n'étant que tacite, ne peut pas produire d'hypothèque, parce que, suivant notre droit français, l'hypothèque ne peut être produite que par les actes devant notaires, par les sentences ou par la loi; la convention seule n'est pas capable de la produire. Si par la loi 13, ci-dessus citée, les biens d'un débiteur hypothéqués au bail demeurent hypothéqués à la reconduction, c'est que, par le droit romain, la seule convention suffisait pour produire l'hypothèque : *or*, les parties étant présumées être tacitement convenues pour la reconduction, de ce dont elles étaient convenues pour le bail, elles sont censées convenues de ces hypothèques, ce qui, par le droit romain, suffisait pour produire l'hypothèque. Dans notre droit français, en vain les parties seraient-elles censées être convenues, pour la reconduction, de tout ce dont elles étaient convenues, par le bail, puisque la convention de l'hypothèque ne suffit pas pour la produire, et qu'elle ne peut l'être que par le titre authentique; *Arrêt de* 1606, *rapporté par Brodeau sur l'article* 161 *de Paris*, n. 19.

Par la même raison, le droit d'exécution, qui résultait de l'acte passé devant notaires, par lequel le bail a été fait, n'a pas lieu pour la reconduction; car, comme l'observe Dumoulin en son apostille sur l'article 124 de Bourbonnais, *Per tacitam reconductionem censetur renovari locatio, non instrumentum locationis; et ideò non poterit fieri executio in vim instrumenti, nisi in eo esset clausula promissionis solvendi, quondiù post tempus finitum conductor maneret.*

368. Lorsqu'après plusieurs années de tacite reconduction qui ont suivi un bail pardevant notaires, l'héritage se trouve détérioré, le propriétaire a-t-il l'hypothèque pour ces détériorations?

Il ne l'a que pour celles faites durant le temps du premier bail, et il doit être chargé de la preuve qu'elles sont de ce temps; car c'est à lui à fonder sa demande pour le droit d'hypothèque qu'il prétend contre les autres créanciers.

369. Lorsque, par un même acte, un héritage a été vendu, et que l'acheteur l'a baillé à ferme ou loyer au vendeur pour un certain temps; si, après l'expiration de ce temps, il y a une tacite

reconduction, il faut bien distinguer, à l'égard des clauses contenues dans cet acte, celles qui appartiennent au contrat de vente, et celles qui appartiennent au contrat de bail à ferme ou loyer; il n'y a que celles-ci qui soient censées répétées dans la tacite reconduction, et non celles qui appartiennent au contrat de vente de l'héritage, plutôt qu'au bail dudit héritage.

Par exemple, si je vous ai vendu une métairie de Beauce, et que, par le même contrat, vous me l'ayez donnée à ferme pour neuf ans, pendant lequel temps j'aurais la faculté de réméré l'héritage, et qu'après le temps de ce bail expiré, il y ait eu une tacite reconduction; la convention de réméré ne sera pas censée répétée dans la reconduction; car quoique, dans l'acte, elle soit énoncée dans la même phrase qui contient le bail que vous m'avez fait de l'héritage, néanmoins cette convention de réméré n'appartient pas au bail à ferme que vous m'avez fait de l'héritage, mais plutôt au contrat de vente que je vous en ai fait. C'est une des conditions sous lesquelles je vous l'ai vendu; c'est pourquoi, sans attendre l'expiration du temps de trois ans que doit durer la reconduction, je peux vous assigner en déchéance du réméré, faute par vous de l'avoir exercé, la clause de réméré n'étant point censée répétée dans la reconduction.

Il faut dire la même chose d'une simple promesse de vendre. Par exemple, si vous m'avez fait un bail à loyer ou à ferme d'un héritage, et que par le bail il soit dit, que si l'héritage me convient, vous vous engagez de me le vendre à la première réquisition que je vous en ferai pendant le temps du bail, vous êtes libéré de cette obligation à la fin du bail, s'il est expiré sans que je vous aie fait aucune réquisition de me le vendre; et quoiqu'il y ait eu une tacite reconduction, cette promesse n'est pas censée répétée dans la reconduction; car c'est une convention qui, quoique contenue par le même acte que le bail, n'est pas censée faire partie des clauses de ce bail, à moins qu'il ne parût par les circonstances qu'elle en faisait effectivement partie, et que le locataire n'a consenti au bail qu'à cette condition; *Menoch. Præsumpt.* 111, 85.

§ II. SI LA TACITE RECONDUCTION A LIEU A L'ÉGARD D'AUTRES CONTRATS QUE LES BAUX A LOYER OU A FERME DES HÉRITAGES.

370. La tacite reconduction n'a lieu qu'à l'égard des baux à loyer ou à ferme : elle n'a pas lieu à l'égard des baux à longues années. C'est pourquoi si l'emphytéote ou preneur a continué de jouir de l'héritage après l'expiration du bail, il doit être condamné à la restitution des fruits de l'héritage dont il a injustement continué la jouissance, et il ne sera pas reçu à offrir la rente telle qu'elle est portée par le bail.

371. Les lois, qui ont établi la tacite reconduction, étant dans l'espèce des baux à ferme ou à loyer d'héritages, on a mis en question si elle avait lieu dans les louages des meubles. La glose sur la loi 13, § *fin.* ff. *locat. cond.*, tient la négative, et dit que le locataire, qui se sert desdits meubles après le temps du bail expiré, commet un vol; à moins qu'il n'ait un juste sujet de croire que le propriétaire consent qu'il s'en serve. Bartole décide au contraire, avec plus de raison, qu'il y a lieu à la tacite reconduction des meubles, lorsque ces meubles sont des choses que le locateur est dans l'usage de louer. Par exemple, si un tapissier m'a loué des meubles pour un certain temps, pour meubler ma chambre; ou si un loueur de chevaux m'a loué un cheval pour un certain temps, il y a lieu à la tacite reconduction, quand, après le temps du louage expiré, je garde le cheval et les meubles, sans que le locateur les redemande.

Pour quelque temps que le bail des meubles ait été fait, la tacite reconduction n'a lieu que pour le temps pendant lequel le locataire les a gardés, du consentement du locateur. C'est pourquoi, lorsqu'un tapissier m'a loué des meubles à raison de vingt-quatre pistoles par an, et que, depuis l'expiration du bail, je les ai gardés pendant quinze jours; si, au bout de quinze jours, je n'en ai plus besoin, ou que j'en trouve à meilleur marché, je puis les lui rendre en lui offrant une pistole pour le loyer de quinze jours, qui est le temps qu'a duré la tacite reconduction, ce prix étant dans la proportion de celui du bail qui est expiré; et le locateur ne peut m'obliger de les garder plus long-temps. *Vice versâ*, si le locateur, qui m'a laissé jouir des meubles depuis l'expiration du bail par tacite reconduction, pendant ledit temps de quinze jours, ne se contente plus du prix pour lequel il les a loués par le précédent bail, il peut me les demander; il n'est pas obligé de m'en laisser jouir plus long-temps.

En cela, la tacite reconduction des meubles diffère de celle des maisons. La raison de différence est, qu'il y a certains temps auxquels il est d'usage que commence le temps des baux des maisons, et qu'il est difficile de trouver à les louer en sur-terme; au lieu que le louage des meubles commence en tout temps.

372. Il paraît que la tacite reconduction doit aussi avoir lieu pour les services des serviteurs, des servantes et des ouvriers.

Pour le temps que doit durer cette reconduction de services, il faut distinguer entre les serviteurs dont il est d'usage que le temps du louage commence et finisse à certains jours de l'année, pendant lequel temps il n'est permis ni au maître

ni au serviteur de se départir du contrat, et entre ceux qoi se louent en quelqoe temps que ce soit.

A l'égard des premiers, tels que sont les serviteurs et les servantes destinés aux ouvrages de la campagne, je pense qoe lorsqu'ils ont continué de servir quelque temps depuis lo terme auquel expire le temps de leur louage, le temps de la tacito reconduction doit durer jusqu'au terme suivant. Par exemple, si le temps du louage d'un serviteur de vigneron est expiré au jour de la Toussaint 1770, qui est le jour auquel il est d'usage que commence et qu'expire le temps du louage de cette ospèce de serviteurs, et que co serviteur, depuis ce jour auquel expirait son service, ait continué ce service, il y aura lieu à une tacito reconduction, dont le temps devra durer jusqu'à la Toussaint 1771, sans qu'il soit permis au serviteur de quitter, ni à son maître de le renvoyer sans juste cause, avant ce temps expiré.

A l'égard des autres serviteurs et servantes qui se louent en quelque temps que ce soit, tels que sont ceux des villes et les ouvriers, la tacite reconduction de lours services ne doit avoir lieu que pour le temps qu'ils ont continué de servir; et elle doit cesser lorsque leur maître jugera à propos de les renvoyer, ou lorsqu'ils voudront eux-mêmes quitter. *Voyez* néanmoins ce qui a été dit *suprà*, *n.* 176.

373. Enfin il y a des droits incorporels qui sont aussi susceptibles de la tacite reconduction. Par exemple, si un décimateur eu un seigneur d'un droit do champart a affermé à quelqu'un un droit de dîme ou de champart, et qu'après le temps du bail expiré, le fermier ait encore, l'aonée suivante, levé la dîme ou le champart, que les redevables lui ont payé sans faire attention que le bail était expiré, et sans qu'il en ait été empêché par le seigneur de ce droit de dîme ou de champart, cette perception de la dîme ou du champart evec tolérance du seigneur à qui le dreit appartient, renferme une tacite reconduction de ce droit.

374. Lorsque la dîme eu le champart est à prendre sur les terres lebourables d'un certain territoire, qui sont partagées en trois soles ou saisons, comme en Beauce, il y e lieu de penser que la tacite reconduction doit avoir lieu pour trois ans. Les raisons que nous avons rapportées *suprà*, *n.* 360, pour la tacite reconduction des terres, militent pour la taoite reconductien de ces droits sur ces terres.

375. Lorsqu'après l'expiration du temps d'un bail que j'ai fait à quelqu'un d'un office de greffier ou de notaire, cet officier continue d'exercer l'office, il y a aussi lieu à une tacite recenduction pour le temps que je le souffre.

ARTICLE III.

Des baux judiciaires.

376. Les baux judiciaires sont les baux par lesquels la jouissance d'un héritage, ou d'un droit incorporel, est adjugée par le juge à titre do ferme ou de loyer pour un certain temps, au plus offrant et dernier eochérisseur.

On fait des beux judiciaires des biens du fisc, de ceux des corps et communautés, de ceux des mineurs, ou dans lesquels les mineurs ont quelque portion, etc.

Quoiquo les baux judiciaires soient les plus réguliers, néanmoins les tuteurs et autres administrateurs en font souvent de gré à gré; et ils doivent passer, lorsqu'il n'y paraît pas de fraude, et que la vilité du prix du luyer ou de la ferme ne les rend pas suspects.

377. Les baux judiciaires qui sont le plus d'usage, sont ceux des biens saisis réellement, qui se font sur la poursuite du commissaire aux saisies réelles, dont nous avons traité en notre Introduction au *tit.* 21 *de la Coutume d'Orléans*, § 8.

Les biens saisis réellement étant mis sous la main de justice, le commissaire aux saisies réelles, qui est un officier préposé par la justice pour la régie des biens qui sont seus sa main, doit, jusqu'à l'adjudication du décret, en avoir l'administration, et en perceveir les revenus, pour les distribuer en acquit du débiteur, partie saisie, aux créanciers seisissans ou opposans, suivant l'ordre de leurs hypothèques.

Cette administration des héritages saisis réellement qu'a le commissaire, l'oblige à en poursuivre le hail à loyer ou à ferme, qu'il doit, après des publirations, faire adjuger par le juge à l'audience, au plus offrant et dernier enchérisseur.

Ce bail, qui est ainsi adjugé, est un vrai bail à loyer ou à ferme, fait pour le prix auquel il est adjugé, pour lo temps et aux conditions portées par l'affiche. Dans ce bail, le commissaire, en sa qualité de commissaire, est le locateur, et l'adjudicataire est le locataire ou fermier. Il est appelé *bail judiciaire*, parce qu'il est confirmé par l'autorité du juge, et per la sentence d'adjudication.

378. Si, lors de la saisie réelle, l'héritage se trouvait loné nu affermé à prix d'argent, sans fraude et sans deniers d'entrée considérables, le fermier ou locataire peurrait, evant l'adjudication, intervenir, et demander que lo bail conventionnel, qui lui a été fait par la partie saisie, fût converti en bail judiciaire. La sentence, qui prononce cette conversion, renfermo pareillement un bail judiciaire, qui est fait par le commissaire à ce fermier ou localaire.

379. Les baux judiciaires sont de vrais contrats de louage, qui ne diffèrent des baux à ferme ou à loyer ordinaires, qu'en ce que les obligations, qui naissent de ceux-ci, ne sont formées que par le consentement des parties contractantes; au lieu que dans les baux judiciaires, les obligations que contracte l'adjudicataire, outre qu'elles sont formées par le consentement des parties contractantes, sont confirmées et corroborées par l'autorité de la justice et de la sentence d'adjudication.

De là naît cette différence : dans les baux ordinaires, l'inexécution des obligations du locataire ou fermier n'étant qu'un violement de la foi qu'il a engagée par le contrat, est une dette purement civile, qui n'est pas sujette à la contrainte par corps, si ce n'est que le fermier s'y fût expressément soumis; ce qui ne peut, suivant l'Ordonnance de 1667, se stipuler que dans les baux des biens de campagne : au lieu que dans les baux judiciaires, l'inexécution des obligations de l'adjudicataire étant non seulement un violement de la foi qu'il a engagée, mais un violement de l'autorité de la justice qui a confirmé ses obligations, il est sujet à la contrainte par corps, sans aucune distinction entre les baux des maisons de ville et ceux des biens de campagne, et quoique cela ne soit exprimé ni par l'affiche, ni par la sentence d'adjudication.

380. C'est en conséquence de cela que ceux qui, par leur qualité, ne sont pas sujets à la contrainte par corps, tels que sont les ecclésiastiques, les femmes et les septuagénaires, ne doivent pas être admis à se rendre adjudicataires des baux judiciaires.

A plus forte raison, les mineurs n'y sont pas admis, suivant le réglement du 22 juillet 1690, parce qu'ils sont restituables contre leurs obligations.

381. Par une autre raison, l'Ordonnance de Blois, *art.* 132, défend aux juges et avocats de se rendre adjudicataires des baux judiciaires dans leurs juridictions, de peur que leur crédit n'écarte les enchérisseurs.

C'est par une semblable raison, et dans la crainte de manœuvres, que le réglement de 1722 défend aux commissaires et à leurs commis, aux procureurs et à leurs clercs, et aux huissiers, de se rendre adjudicataires des baux judiciaires dans les juridictions où ils sont établis, à moins qu'ils ne fussent opposans en leur nom, pour créances antérieures à l'enregistrement de la saisie réelle, ou qui leur soient échues depuis par succession ou par donation.

382. Le même réglement défend d'adjuger les baux judiciaires aux parties saisies, ou à des personnes par elles interposées, de peur que la jouissance, en laquelle elles resteraient des biens saisis, ne les portât à arrêter par des incidens et des chicanes le cours de la saisie, et à en retarder la conclusion.

383. L'autorité de la justice, qui confirme les obligations de l'adjudicataire dans les baux judiciaires, l'oblige aussi, pour en assurer l'exécution, à donner bonne et suffisante caution. Faute de la donner, le bail doit être recrié à sa folle enchère.

384. Les baux judiciaires étant faits par le commissaire en sa qualité de commissaire établi à la saisie réelle de l'héritage, si, avant l'expiration du temps pour lequel le bail a été fait, la saisie réelle finit, soit par la main-levée qui en serait donnée, soit par l'adjudication, la qualité de commissaire à la saisie réelle de l'héritage, en laquelle il en a fait le bail, étant par là finie, le bail judiciaire se résout pour l'avenir, sans que le fermier puisse prétendre aucuns dommages et intérêts; de même qu'un bail fait par un usufruitier, en sa qualité d'usufruitier, se résout par l'extinction du droit d'usufruit; *suprà, n.* 312.

C'est la disposition du réglement de 1684, auquel néanmoins l'usage a apporté cette limitation, que le cas de cette résolution arrivant, le fermier judiciaire doit jouir durant l'année commencée.

385. Par la même raison, si, avant l'expiration du temps du bail judiciaire, quelque partie des héritages compris en la saisie réelle et au bail judiciaire est distraite de la saisie, sur une opposition à fin de distraire, la saisie réelle, et la qualité de commissaire établi à la saisie, en laquelle le bail a été fait, venant à se résoudre pour cette partie qui a été distraite de la saisie, c'est une conséquence que le bail judiciaire se résout pareillement pour l'avenir quant à cette partie : en conséquence on doit faire au fermier judiciaire, par ventilation, sur le prix total de la ferme judiciaire, une diminution pour le temps qu'il cessera de jouir de la partie qui a été distraite de la saisie et du bail.

386. Si, pendant le cours du bail judiciaire, le commissaire qui l'a fait, vient à mourir ou à résigner son office, le bail continue de subsister, et les obligations du fermier judiciaire continuent envers le successeur à l'office, en la personne de qui passent et la qualité de commissaire en laquelle le bail a été fait, et tous les droits attachés à cette qualité.

Voyez, sur les baux judiciaires, *notre Introduction au titre* 21 *de la Coutume d'Orléans*, § 8.

SECTION II.

DE LA LICITATION A LOYER OU A FERME.

387. La licitation à loyer ou à ferme est une

espèce de bail à ferme ou à loyer d'un héritage ou d'une autre chose, que des copropriétaires de ladite chose font pour le temps porté par l'acte de licitation, chacun pour sa portion, à celui d'entre eux qui en offre le plus de ferme ou de loyer.

Cette licitation à loyer est bien différente de la licitation qui est faite de la chose même pour le fonds et la propriété. Celle-ci faisant cesser l'indivis, est regardée comme un acte qui tient lieu de partage, et non comme un contrat de vente; l'adjudicataire n'est censé rien acheter ni rien tenir de ses colicitans; *Traité du contrat de vente*, *part.* 7, *art.* 7 : au contraire, la licitation à loyer ne faisant pas cesser l'indivis et la communauté pour le fonds entre les copropriétaires, n'est et ne peut passer pour autre chose que pour un véritable bail à loyer que les copropriétaires font chacun de leur portion, à celui d'entre eux qui s'en rend adjudicataire.

Une seconde différence est, que la licitation d'un héritage pour le fonds ne peut être demandée par un mineur, ni par son tuteur pour lui. La raison est, que cette demande serait une disposition volontaire que ce mineur ou son tuteur ferait du droit indivis qu'il a à cet héritage: or les lois défendent aux mineurs et à leurs tuteurs d'aliéner ou de disposer pour le fonds, par des actes volontaires, de leurs héritages et droits immobiliers : au contraire, la licitation à loyer peut être demandée par un tuteur de mineurs, et par un mineur émancipé, parce que cette licitation ne touche pas au fonds.

388. Quoique la licitation à loyer soit un vrai bail à loyer que les licitans font à celui d'entre eux qui est adjudicataire, et que cet adjudicataire contracte envers ses colicitans, qui sont les locateurs, toutes les obligations d'un locataire, qui naissent d'un bail à loyer, il y a néanmoins une différence à l'égard de celles que les licitans contractent par la licitation envers l'adjudicataire, et celles que contractent les locateurs par les baux ordinaires. Cette différence est que, dans les baux ordinaires, le locateur est tenu des dommages et intérêts du locataire ou fermier qui est empêché de jouir, ou troublé dans sa jouissance, non seulement lorsque c'est par le fait du locateur, mais pareillement lorsque c'est par le fait d'un tiers, pourvu que l'empêchement ou le trouble eût une cause existante dès le temps du bail, c'est-à-dire, pourvu que dès le temps du bail le demandeur eût eu déjà le droit ou le germe du droit en vertu duquel il a donné la demande, quoique ce droit, lors du bail, ne fût encore qu'un droit informe, et qu'il n'ait été ouvert que depuis. Au contraire, dans les licitations à loyer ou à ferme, le trouble ou l'empêchement que l'adjudicataire souffre dans sa jouissance, lorsqu'il ne provient pas du fait personnel de ses colicitans, ne donne lieu qu'à une remise de la ferme ou loyer pour le défaut de jouissance, et non à aucuns dommages et intérêts.

On peut apporter pour raison de cette différence une raison semblable à celle que Dumoulin rapporte en son Traité *de eo quod interest*, *n.* 145, entre le contrat de vente et les partages, savoir, que dans les baux ordinaires, comme c'est le locateur qui induit en erreur le locataire, en lui donnant à loyer ou à ferme, comme à lui appartenant, un héritage qui ne lui appartient pas, le locataire peut se plaindre que le locateur le lui ait donné à ferme ou à loyer. Il n'en est pas de même des licitations à loyer ou à ferme : celui, qui s'est rendu adjudicataire, ayant lui-même licité à loyer ou à ferme, conjointement avec ses colicitans, s'il a été induit en erreur, ce n'est pas plus par ses colicitans que par lui-même qu'il y a été induit : s'ils ont licité un héritage qui ne leur appartenait pas, ce n'est pas plus la faute de ses colicitans que la sienne; et pour me servir des termes de Dumoulin, *Neuter magis asserit, neuter magis decipit quàm alter, imò dicitur res evinci facto vel culpâ communi, etc.; nec ulla debet esse inter eos obligatio in id quod interest.*

389. Cette licitation à loyer ou à ferme de la jouissance de l'héritage n'empêche pas, avant l'expiration du temps pour lequel elle a été faite, de le liciter au fonds. Mais celui des propriétaires, qui se rendra adjudicataire du fonds, doit laisser celui qui s'est rendu adjudicataire de la jouissance par la licitation à loyer, jouir pendant ce qui reste du temps porté par cette licitation : car cet adjudicataire du fonds doit être censé locateur du total de l'héritage; la part indéterminée, qu'il avait lors de la licitation à loyer, et qu'il a louée par cette licitation, s'étent déterminée au total de l'héritage par la licitation du fonds.

SECTION III.

DES PROMESSES DE DONNER ET DE PRENDRE A LOYER, ET DES ARRHES.

390. Nous avons vu dans notre Traité du contrat de vente, *part.* 6, *ch.* 1, qu'il y avait des promesses de vendre, et des promesses d'acheter qui ne sont pas le contrat de vente : il peut y avoir pareillement des promesses de loyer, et des promesses de prendre à loyer, qui ne soient pas encore un contrat de louage. Presque tout ce que nous avons dit audit chapitre, des promesses de vendre et d'acheter, soit sur l'attention qu'on doit avoir pour juger si un discours

renferme réellement une véritable promesse de vendre ou d'acheter, soit sur les différenees entre ces promesses et le contrat de vente, soit sur les différentes manières dont elles peuvent se faire, soit sur les effets qu'elles doivent avoir, peut recevoir application aux promesses de louer et de prendre à loyer : nous y renvoyons.

391. Il intervient aussi quelquefois des arrhes dans le contrat de louage, soit avant, soit depuis la eonelusion du marché : tout ce que nous en avons dit dans notre Traité du contrat de vente, *part.* 6, *ch.* 1, *ort.* 3, reçoit pareillement ici application.

C'est une question particulière au contrat de louage, si ayant reçu des arrhes pour sûreté du bail, ou de la promesse que je vous ai faite de vous passer bail de ma maison, je suis tenu de vous les rendre au double, lorsque je refuse de le passer pour aller occuper la maison moi-même. Pour l'affirmative, on dira qu'il est de la nature du contrat d'arrhes d'obliger la partie qui les a reçues à les rendre au double, lorsqu'elle refuse d'exécuter le contrat pour l'exécution duquel elles ont été données; d'où on conclut que, dans cette espèce, étant refusant d'exécuter le bail, je ne puis éviter la restitution des arrhes au double. On peut répondre pour la négative, que le bail, que le propriétaire fait de la maison, comprend toujours taeitement la faculté de résoudre le bail, lorsqu'il voudra occuper la maison lui-même; la promesse d'en faire bail doit pareillement être censée renfermer taeitement cette condition. De là il suit qu'en venant occuper la maison moi-même, je ne contreviens point à la promesse que je vous ai faite de vous passer bail. N'étant done point en contravention à ma promesse, je ne dois point être sujet à la peine de restitution du double de vos arrhes : je suis seulement tenu de vous les rendre, comme dans le cas auquel la convention n'est pas exécutée sans le fait ni la faute d'aucune des parties.

SEPTIÈME PARTIE.

Du louage d'ouvrage.

392. Le contrat de louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties contractantes donne un certain ouvrage à faire à l'autre, qui s'oblige envers elle de le faire pour le prix convenu entre elles, que celle qui lui a donné l'ouvrage à faire, s'oblige de son côté de lui payer.

La partie, qui donne à l'autre l'ouvrage à faire, s'appelle le locateur, *locator operis faciendi*; celle, qui se charge de le faire, s'appelle le conducteur, *conductor operis*.

Nous verrons, dans un premier chapitre, quelle est la nature de ce contrat, et quelles sont les trois choses nécessaires pour le former. Nous traiterons, dans le second chapitre, des obligations du locateur, de celles du conducteur, et des actions qui en naissent. Nous verrons, dans un troisième chapitre, aux risques de qui est l'ouvrage avant qu'il ait été reçu ou même parachevé. Nous traiterons, dans le quatrième chapitre, de la résolution de ce contrat.

CHAPITRE PREMIER.

De la nature du contrat de louage d'ouvrage, et des trois choses nécessaires pour le former.

ARTICLE PREMIER.

De la nature du contrat de louage d'ouvrage.

393. Le contrat de louage d'ouvrage diffère principalement du contrat de louage de chose, en ce que c'est l'usage d'une chose accordée pour un certain prix au conducteur qui fait la matière de celui-ci, et que c'est un ouvrage

donné à faire qui fait la matière de celui-là. Dans l'un, *res utenda datur;* dans l'autre, *res facienda datur.* Dans le louage des choses, c'est le conducteur qui s'oblige de payer le prix du louage au locateur; *contrà*, dans le louage d'ouvrage, c'est le locateur qui s'oblige de payer le prix du louage au conducteur.

Au surplus, ces contrats conviennent en bien des choses. Le louage d'ouvrage est, de même que le louage de chose, un contrat du droit des gens, c'est-à-dire, qui n'est assujetti à aucune forme par le droit civil, et qui se régit par les seules règles du droit naturel.

Il est de même un contrat *consensuel;* qui se forme par le seul consentement des parties.

Il est un contrat *synallagmatique,* qui forme des obligations réciproques.

Il est pareillement un contrat *commutatif.* Chacune des parties entend recevoir autant qu'elle donne : le locateur reçoit l'ouvrage, et donne autant qu'il reçoit en donnant au conducteur le prix comme l'équivalent de l'ouvrage.

394. Ce contrat a aussi beaucoup d'analogie avec le contrat de vente. Justinien en ses *Institutes,* au *tit. de loc. cond.,* dit qu'on doute à l'égard de certains contrats, s'ils sont contrats de vente ou contrats de louage; et il donne cette règle pour les discerner: lorsque c'est l'ouvrier qui fournit la matière, c'est un contrat de vente; au contraire, lorsque c'est moi qui fournis à l'ouvrier la matière de l'ouvrage que je lui fais faire, le contrat est un contrat de louage. Par exemple, si j'ai fait marché avec un orfèvre pour qu'il me fasse une paire de flambeaux d'argent, et qu'il fournisse la matière, c'est un contrat de vente que cet orfèvre me fait de la paire de flambeaux qu'il se charge de faire; mais si je lui ai fourni un lingot d'argent pour qu'il m'en fit une paire de flambeaux, c'est un contrat de louage.

Observez que, pour qu'un contrat soit un contrat de louage, il suffit que je fournisse à l'ouvrier la principale matière qui doit entrer dans la composition de l'ouvrage; quoique l'ouvrier fournisse le surplus, le contrat n'en est pas moins un contrat de louage.

On peut apporter plusieurs exemples de ce principe. Lorsque j'envoie chez mon tailleur de l'étoffe pour me faire un habit, quoique le tailleur, outre sa façon, fournisse les boutons, le fil, même les doublures et les galons, notre marché n'en sera pas moins un contrat de louage, parce que l'étoffe, que je fournis, est ce qu'il y a de principal dans un habit.

Pareillement, le marché, que j'ai fait avec un entrepreneur pour qu'il me construise une maison, ne laisse pas d'être un contrat de louage, quoique par notre marché il doive fournir les matériaux, parce que le terrain que je fournis pour y construire la maison, est ce qu'il y a de principal dans une maison, *quùm ædificium solo cedat.*

ARTICLE II.

Des trois choses requises pour former le contrat de louage d'ouvrage.

Nous avons vu *suprà, part.* 1, qu'il y avait trois choses qui étaient de la substance du contrat de louage de choses, sans lesquelles on ne pouvait former ni même concevoir ce contrat. Il y a pareillement trois choses nécessaires pour former le contrat de louage d'ouvrage; savoir, 1° un ouvrage à faire; 2° un prix; 3° le consentement des parties contractantes.

§ I. DE L'OUVRAGE.

395. Il est évident qu'il ne peut y avoir de louage sans un ouvrage que le locateur donne à faire au conducteur qui se charge de le faire.

Il faut que ce soit un ouvrage à *faire :* il est évident qu'un ouvrage, qui est déjà fait, ne peut être la matière de ce contrat.

Il faut que cet ouvrage soit possible; car ce qui n'est pas possible ne peut être la matière d'aucune obligation, ni par conséquent d'aucun contrat : *Impossibilium nulla obligatio est; l.* 185, ff. *de reg. jur.*

Par exemple, si j'ai fait marché avec quelqu'un pour qu'il transporte d'un lieu en un autre un bâtiment sans le démolir, ce marché est un marché de fou, qui est nul, et ne produit de part ni d'autre aucune obligation, cet ouvrage étant quelque chose d'impossible.

Mais pourvu que l'ouvrage, que je donne à faire, fût quelque chose de possible, quoiqu'il fût impossible à celui qui a entrepris de le faire, le contrat de louage est valable, et oblige celui qui a entrepris de le faire, aux dommages et intérêts du locateur résultans de l'inexécution du contrat. C'est la faute de l'entrepreneur de n'avoir pas consulté ses forces, et d'avoir entrepris un ouvrage qui les surpassait; le locateur n'était pas obligé de connaître les forces de l'entrepreneur : il suffit que l'ouvrage fût possible en soi, pour qu'il fût en droit de compter sur la promesse que lui a faite l'entrepreneur de le faire. Cela est conforme aux principes établis en notre Traité des obligations, *n.* 136.

396. Il faut encore que l'ouvrage ne soit pas contraire aux lois.

Par exemple, si, dans une ville où il y aurait une loi de police qui défendrait d'exhausser les maisons au-delà d'une certaine hauteur, j'ai fait marché avec un maçon pour exhausser mon bâtiment au-delà de la hauteur prescrite par la

loi, ce marché est nul, et ne produit de part ni d'autre aucune obligation.

Néanmoins, s'il était justifié que l'une des parties savait la loi, et que l'autre l'ignorait, celle des parties qui savait la loi serait tenue, *actione de dolo*, des dommages et intérêts résultans de l'erreur en laquelle elle aurait induit l'autre partie.

Enfin, il faut que l'ouvrage ne soit pas contraire aux bonnes mœurs. Par exemple, si j'avais fait marché avec un peintre pour faire un tableau satirique qui offensât l'honneur de quelqu'un, le contrat serait nul, et ne produirait de part ni d'autre aucune obligation; et si le peintre, après l'avoir fini, m'en demandait le prix, le juge devrait mettre les parties hors de cour sur la demande, et ordonner que le tableau fût brûlé.

§ II. DU PRIX.

397. Il est de la substance du contrat de louage, qu'il y ait un prix que celui, qui donne l'ouvrage à faire, s'oblige de payer à celui qui s'est chargé de le faire; autrement ce ne serait pas un contrat de louage, mais un mandat, comme nous l'avons vu ci-dessus. Il n'est pas, néanmoins, nécessaire que les parties s'en soient expliquées expressément par le contrat; il suffit qu'elles en soient tacitement convenues. Par exemple, lorsque j'envoie de l'étoffe chez un tailleur pour me faire un habit, et qu'il la reçoit et se charge de le faire, le contrat est parfait, quoique nous ne nous soyons pas expliqués sur le prix que je m'oblige de lui payer pour sa façon : nous sommes, en ce cas, censés être tacitement convenus du prix qu'il est d'usage de payer dans le lieu pour les façons d'habit.

Si l'ouvrage n'a pas un prix courant et ordinaire, comme la façon d'un habit; *puta*, si je suis convenu avec un entrepreneur de me bâtir une maison suivant un certain devis, nous sommes censés tacitement convenus du prix que l'ouvrage sera estimé lorsqu'il sera fait.

398. Ce prix, qui est de l'essence du contrat, doit être un prix qui ne soit pas seulement énoncé *dicis causâ*, mais un prix que le locateur se soit véritablement obligé de payer à celui à qui il a donné l'ouvrage à faire : c'est ce qui résulte de la définition que nous avons donnée de ce contrat. C'est pourquoi, si le contrat énonçait un prix, et qu'il fût dit par ce même contrat que le conducteur en a bien voulu faire remise au locateur, ce contrat ne serait pas un contrat de louage, mais un mandat.

399. Il faut aussi que ce prix soit d'une certaine considération, eu égard à la valeur de l'ouvrage, et qu'il puisse être considéré comme le prix auquel les parties contractantes ont estimé l'ouvrage entre elles : autrement ce n'est pas un contrat de louage, mais un mandat. Par exemple, si je vous ai donné à faire un ouvrage de valeur de deux ou trois cents livres, et que vous vous soyez chargé de le faire pour le prix d'un écu seulement, que je donnerais pour vous à la bourse des pauvres de notre paroisse, il est évident que ce contrat n'est pas un contrat de louage, mais un mandat.

Il n'est pas, néanmoins, nécessaire que le prix convenu entre les parties soit précisément le juste prix de l'ouvrage : quoiqu'il soit au-dessus ou au-dessous du juste prix, le contrat ne laisse pas d'être valable. Il y a seulement iniquité dans le prix, qui oblige dans le for de la conscience, ou le locateur à suppléer ce qui manque au juste prix, ou le conducteur à restituer ce qu'il y a d'excessif.

400. Le prix du contrat de louage d'ouvrage doit consister dans une certaine somme d'argent. Si je donne un ouvrage à faire à quelqu'un qui se charge de le faire, à la charge que je lui donnerai une certaine chose autre que de l'argent, ou à la charge que je ferai de mon côté quelque chose pour lui, ces contrats ne sont pas des contrats de louage, mais des contrats innommés, *facio ut des, facio ut facias*.

401. Il n'est pas nécessaire que la somme d'argent, dans laquelle doit consister le prix, soit déterminée dès le temps du contrat; il suffit qu'elle doive le devenir par l'estimation qui en sera faite.

402. Lorsque, par le contrat, nous sommes convenus d'une certaine personne pour estimer l'ouvrage que je vous donnais à faire, et que cette personne est morte avant que d'avoir fait cette estimation, ou n'a pas voulu la faire; si l'ouvrage n'est pas commencé, on peut dire que le contrat est nul, comme l'ayant fait dépendre de l'estimation de cette personne, et que l'une des parties ne peut être obligée par l'autre à convenir d'autres estimateurs, ayant pu n'avoir confiance qu'en la personne convenue. On peut tirer pour cette décision argument de la loi *fin. Cod. de contr. empt.*, et de ce que nous avons dit en notre Traité du contrat de vente, *n.* 24. Mais si je vous ai laissé commencer l'ouvrage, on doit dire que nous nous sommes désistés de cette condition, et que le marché doit avoir lieu pour le prix qui sera réglé par des experts dont nous sommes obligés de convenir, à défaut de l'estimation par la personne convenue.

§ III. DU CONSENTEMENT DES PARTIES CONTRACTANTES.

403. Dans le contrat de louage d'ouvrage, comme dans tous les autres contrats, le consentement des parties contractantes doit intervenir sur les choses qui font la substance du contrat :

il doit donc intervenir sur l'ouvrage qui doit faire la matière du contrat, sur la qualité de cet ouvrage, sur le prix, et enfin sur le genre du contrat qu'elles entendent faire entre elles. C'est pourquoi si, n'ayant pas bien compris quel était l'ouvrage et la qualité de l'ouvrage que vous me donniez à faire, j'ai entendu me charger d'un autre ouvrage, ou d'un ouvrage d'une autre qualité que celui que vous avez voulu me donner à faire; ou si j'ai entendu m'en charger pour un prix plus fort que celui que vous avez voulu me donner; ou si vous croyiez contracter avec moi un contrat de mandat, et que je me chargerais gratuitement de l'ouvrage que vous me donniez à faire, tandis que j'entendais au contraire faire avec vous un contrat de louage, et être payé du prix de cet ouvrage; dans tous ces cas, il n'y a point de contrat, faute de consentement.

Au reste, le consentement peut intervenir dans ce contrat, de même que dans le louage des choses, aussi bien entre absens qu'entre présens, par lettres ou par entremetteurs.

CHAPITRE II.

Des différentes obligations, tant du locateur que du conducteur.

SECTION PREMIÈRE.

DES OBLIGATIONS DU LOCATEUR.

404. Ces obligations, de même que dans les autres contrats, naissent ou de la nature du contrat, ou de la bonne foi, ou des clauses particulières du contrat.

ARTICLE PREMIER.

Des obligations du locateur qui naissent de la nature du contrat de louage.

Les obligations du locateur, qui naissent de la nature du contrat de louage, sont celles, 1° de payer le prix du marché; 2° de payer celui des augmentations; 3° de faire ce qui dépend de lui pour mettre le conducteur en pouvoir d'exécuter le marché.

§ I. DE L'OBLIGATION DE PAYER LE PRIX DU MARCHÉ.

405. La principale obligation du locateur, qui naît du contrat de louage, consiste à payer au conducteur la somme convenue pour le prix de l'ouvrage.

De cette obligation naît l'action personnelle *ex conducto*, qu'a le conducteur contre le locateur, pour être payé du prix de l'ouvrage.

Cette action, comme toutes les actions qui naissent des contrats, est une action personnelle : elle est divisible.

Elle passe aux héritiers du conducteur et contre les héritiers du locateur, quant à la part pour laquelle ils sont héritiers.

406. Le conducteur n'est ordinairement reçu à cette action, s'il n'y a convention contraire, ou expresse ou présumée, qu'après qu'il a fait l'ouvrage et qu'il l'a fait recevoir, ou qu'il a mis le locateur en demeure de le recevoir; car dans les contrats synallagmatiques, s'il n'y a convention contraire, l'un des contractans, qui ne s'est pas encore acquitté, ou qui n'est pas prêt à s'acquitter de l'obligation qu'il a contractée, n'est pas reçu à demander que l'autre s'acquitte de la sienne. Par exemple, un vendeur n'est pas reçu à demander à l'acheteur le paiement du prix, si, de son côté, il ne lui a pas encore délivré, ou s'il n'est pas prêt à lui délivrer en même temps la chose vendue. Par la même raison, le conducteur ne doit pas être reçu à demander que le locateur s'acquitte envers lui de l'obligation de payer le prix, s'il ne s'est acquitté lui-même de celle qu'il a contractée de faire l'ouvrage.

§ II. DU PRIX DES AUGMENTATIONS.

407. Outre le prix porté par le marché, le locateur doit payer aussi celui des augmentations d'ouvrages qu'il a été nécessaire de faire, et qui, n'ayant pas été prévues lors du marché, n'en font pas partie. Par exemple, si, dans quelque endroit du lieu où devaient se faire les fondemens d'un bâtiment que l'entrepreneur s'est chargé de construire, et qu'on croyait un terrain solide, il s'est trouvé d'anciennes fouilles qui ont donné lieu à une augmentation d'ouvrage, le locateur doit payer le prix de cette augmentation.

Lorsque le locateur soutient que les augmentations qui ont été faites n'étaient pas nécessaires, et qu'elles n'ont pas dû être faites; ou

lorsque les parties ne sont pas d'accord sur le prix : le juge renvoie devant des experts pour déclarer si elles étaient nécessaires, et pour en régler le prix.

Si les augmentations, quoique nécessaires pour la construction de l'ouvrage, étaient assez considérables pour qu'elles eussent pu porter le locateur à abandonner l'ouvrage, s'il en eût eu connaissance, l'ouvrier doit, avant que de les faire, consulter le locateur : et le locateur peut en refuser le paiement, si elles ont été faites à son insu.

408. Si les augmentations n'étaient pas à la vérité nécessaires, mais que le conducteur soutienne qu'elles ont été faites de l'ordre, ou du moins du consentement du locateur intervenu depuis le marché, la preuve par témoins en peut être admise, pourvu que la somme demandée pour ces augmentations n'excède pas la somme de 100 liv. On ne peut, pour l'empêcher, opposer que lorsqu'il y a un marché par écrit, l'Ordonnance défend la preuve par témoins contre et outre ce qui y est contenu; car l'Ordonnance, par cette disposition, défend bien la preuve par témoins des conventions qu'on prétendrait faire partie du marché, lorsqu'elles ne sont pas exprimées dans l'acte qui en a été fait; mais elle ne défend pas la preuve des nouvelles conventions qu'on prétend être intervenues depuis le marché, et contenir des augmentations de ce marché.

409. Lorsqu'une femme, à Pondichéry, a fait marché avec le patron d'un navire pour la passer en France où le navire retournait, et qu'elle est accouchée dans le navire; le patron peut-il demander une augmentation de prix pour le passage de l'enfant, surtout si le patron ne la savait pas grosse? Ulpien, en la loi 19, § 7, ff. *locat.*, décide pour la négative. La raison est que l'enfant tient peu de place dans le navire, et ne dépense rien des vivres destinés pour les passagers : ***Probandum pro infante nihil deberi, quùm nec vectura ejus magna sit, neque his omnibus utatur quæ ad navigantium usum parantur.***

Il y aurait encore moins de difficulté, si le patron avait eu connaissance de la grossesse de cette femme lors du marché.

§ III. DE L'OBLIGATION DU LOCATEUR DE FAIRE CE QUI DÉPEND DE LUI POUR METTRE LE CONDUCTEUR EN POUVOIR D'EXÉCUTER LE MARCHÉ.

410. L'autre obligation du locateur qui a donné un ouvrage à faire, est de faire ce qui dépend de lui pour mettre le conducteur en pouvoir de faire cet ouvrage.

Par exemple, 1° si vous avez fait marché avec un charpentier pour vous faire un auvent de boutique qui ait saillie sur la rue, cet ouvrage ne pouvant être fait sans une permission des trésoriers de France, vous êtes obligé de lui remettre à vos frais cette permission, pour qu'il puisse faire cet ouvrage.

2° Si vous avez fait marché avec un entrepreneur pour vous construire un bâtiment dans un certain lieu, vous devez fournir passage à lui et à ses ouvriers, pour aller et venir au lieu où doivent se faire les bâtimens, et pour y conduire les matériaux nécessaires pour la construction.

3° Vous devez y faire mener à temps les matériaux que vous vous êtes obligé par le marché de fournir et de faire conduire à vos frais.

Faute par le locateur de satisfaire à cette obligation, si le conducteur en a souffert, il peut, *actione ex conducto*, faire condamner le locateur en ses dommages et intérêts, et même faire ordonner la résolution du marché, faute par le locateur de satisfaire dans le temps qui lui sera limité par le juge.

ARTICLE II

Des obligations du locateur qui naissent de la bonne foi, ou des clauses particulières du contrat.

§ I. DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT DE LA BONNE FOI.

411. La bonne foi oblige le locateur de ne rien cacher ou dissimuler au conducteur de l'étendue de l'ouvrage qu'il lui donne à faire, pour en avoir meilleur marché. Si le conducteur fait l'ouvrage, le locateur est obligé, au moins dans le for de la conscience, de payer au conducteur ce qu'il aurait exigé de plus, s'il en eût connu toute l'étendue : il peut même y être obligé dans le for extérieur, lorsque le conducteur peut justifier la fraude du locateur.

412. La bonne foi oblige aussi le locateur, mais seulement dans le for de la conscience, à ne pas profiter de l'erreur du conducteur, qui n'ayant pas bien supputé à quoi l'ouvrage qu'il entreprenait l'engageait, s'est contenté d'un prix trop modique.

Il y a iniquité dans le prix, non seulement lorsque le prix porté par le marché est tel que l'entrepreneur ne puisse pas le faire sans y mettre du sien, mais aussi lorsque l'entrepreneur ne tire pas du prix porté au marché un prix convenable qui soit un juste équivalent de son travail.

413. Le locateur, qui a connaissance de l'iniquité du prix, pendant que la chose est encore entière, c'est-à-dire, avant que l'ouvrage soit commencé, est obligé, dans le for de la conscience, ou de suppléer ce qui manque au juste

prix, ou au moins de donner connaissance au conducteur de la lésion qu'il souffre par le marché, et de lui en proposer la résolution.

Si l'entrepreneur avait fait quelques dépenses pour l'exécution du marché, pendant que le locateur, qui avait connaissance de l'iniquité du prix, était en retard de l'en avertir, il ne suffirait pas, en ce cas, au locateur, pour accomplir toute justice, d'offrir à l'entrepreneur la résolution du marché; il doit l'indemniser de ses dépenses.

414. Lorsque le locateur n'a eu connaissance de l'iniquité du prix qu'après l'ouvrage parfait, ou fort avancé, il y a, en ce cas, une distinction à faire : si l'ouvrage était un ouvrage nécessaire qu'il ne pût se dispenser de faire faire, le locateur est obligé à suppléer ce qui manque au juste prix.

Il en est de même, quoique l'ouvrege ne fût pas nécessaire, si le locateur était dans cette disposition de volonté de le faire, même pour la somme à laquelle monte le juste prix, s'il n'eût pas pu le faire faire à moindre prix.

Mais supposé que le locateur n'eût pas voulu faire faire l'ouvrage, s'il eût cru qu'il dût coûter plus que le prix porté au marché, de l'iniquité duquel il n'a eu connaissance que depuis l'ouvrage fini ou fort avancé, il n'est pas, en ce cas, même dans le for de la conscience, obligé de suppléer ce qui manque au juste prix : car il ne doit pas souffrir de l'erreur dans laquelle est tombé l'entrepreneur pour faire plus de dépense qu'il n'a voulu faire; cette erreur, qui vient de la faute de l'entrepreneur, doit plutôt nuire à l'entrepreneur qui a fait la faute, qu'au locateur. Tout ce à quoi le locateur pourrait être obligé, en ce cas, dans le for de la conscience, ce serait de permettre à l'ouvrier d'emporter son ouvrage, s'il était de nature à pouvoir s'emporter sans causer de dommage.

§ II. DES OBLIGATIONS DU LOCATEUR QUI NAISSENT DES CLAUSES PARTICULIÈRES DU CONTRAT.

415. Lorsque le locateur s'est obligé à quelque chose envers le conducteur, par quelque clause particulière du contrat, il doit exécuter ce qui est porté par cette clause.

Le conducteur a contre lui, pour l'y obliger, l'action *ex conducto;* car les clauses sont censées faire partie du contrat de louage intervenu entre les parties, soit qu'elles aient été apposées au contrat, soit qu'elles ne soient intervenues que depuis, et *ex intervallo :* nous ne suivons pas à cet égard les distinctions du droit romain, rapportées *in Pand. Justin., tit. de pact., n.* 34 *et seq.*

Le conducteur peut, par cette action, demander les dommages et intérêts résultans de l'inexécution de l'obligation du locateur, et même quelquefois, suivant les circonstances, conclure à la résolution du contrat.

416. On peut imaginer une infinité d'exemples de clauses particulières qui interviennent dans le contrat de louage d'ouvrages.

Par exemple, une personne fait marché avec des maçons limousins de lui construire un bâtiment sur son héritage; ces maçons n'ayant pas de crédit sur le lieu, où ils ne sont pas connus, et n'ayant pes d'argent, le locateur convient de répondre pour eux au boulanger du lieu, du pain qu'il leur fournira. Si le locateur, après en être convenu, refusait de répondre pour eux, il n'est pas douteux que ces maçons, auxquels le boulanger refuserait de faire crédit, faute de caution, auraient contre le locateur l'action *ex conducto*, pour qu'il fût condamné à exécuter la convention, et que, faute par lui de le faire, le marché serait déclaré résolu, et le locateur condamné aux dommages et intérêts résultans de son inexécution.

Si le boulanger voulait bien leur faire crédit sans la caution du locateur, les maçons n'ayant pas, en ce cas, d'intérêt à l'exécution de la convention, n'auraient pas d'action contre le locateur.

417. C'est une clause qu'on met quelquefois dans les marchés d'ouvrage à la journée, que le locateur, après la perfection de l'ouvrage, donnera au conducteur, outre le prix des journées, une certaine somme de gratification, *s'il est content de l'ouvrage.* Ces termes, *si je suis content de l'ouvrage,* ne doivent pas être entendus en ce sens, que le locateur puisse être admis indistinctement à dire qu'il n'est pas content de l'ouvrage, pour se dispenser de payer la gratification promise, ce qui rendrait cette clause nulle et illusoire : il faut qu'il justifie par la visite qui sera faite de l'ouvrage, que l'ouvrege a quelque défaut considérable qui lui donne sujet d'en être mécontent. Cette condition dans un marché, *si je suis content,* est analogue à celle-ci, *si probaverit heres,* sous laquelle un testateur aurait chargé son héritier d'un legs : or la loi 75, ff. *de leg.* 1°, décide que par ces termes, *legatum quasi viro bonoei commissum est, non in meram heredis voluntatem collatum.*

SECTION II.

DES OBLIGATIONS DU CONDUCTEUR.

418. Les obligations du conducteur, de même que celles du locateur, naissent ou de la nature du contrat, ou de la bonne foi, ou des clauses particulières du contrat.

ARTICLE PREMIER.

Des obligations du conducteur, qui naissent de la nature du contrat.

419. Les obligations du conducteur, qui naissent de la nature du contrat de louage d'ouvrage, sont, 1° celles de faire l'ouvrage qu'il s'est chargé de faire; 2° de le faire à temps; 3° de le bien faire; 4° de bien employer les choses qui lui ont été fournies par le locateur pour la confection de l'ouvrage, et d'apporter le soin convenable à leur conservation.

§ I. DE L'OBLIGATION DE FAIRE L'OUVRAGE.

420. La principale obligation, que contracte le conducteur, est celle de faire l'ouvrage qu'il s'est chargé de faire.

Il n'est pas ordinairement tenu de faire par lui-même cet ouvrage, il peut le faire faire à sa décharge, par un autre à qui il sous-baillera cet ouvrage à faire. S'il trouve à le sous-bailler à un prix moindre, il en profitera, et le locateur n'en sera pas moins tenu de lui payer le prix entier convenu par le premier marché : *vice versâ*, s'il a sous-baillé pour un prix plus fort, c'est une perte qu'il souffrira, le locateur n'étant obligé de lui payer que le prix convenu par le premier marché fait entre eux.

421. Le principe, que le conducteur peut faire faire l'ouvrage par un autre, reçoit exception à l'égard des ouvrages de génie, dans lesquels on considère le talent personnel de celui à qui on le donne à faire; comme lorsque j'ai fait marché avec un peintre pour peindre un plafond, il ne lui est pas permis de le faire faire par un autre sans mon consentement.

422. De cette obligation, que le conducteur contracte de faire l'ouvrage dont il s'est chargé, naît l'action *ex conducto*, qu'a le locateur contre lui pour le faire condamner à le faire dans un temps qui lui sera fixé par le juge, sinon en ses dommages et intérêts résultans de l'inexécution de l'obligation.

On fait assez souvent ordonner que, faute par le conducteur de faire commencer dans un tel temps l'ouvrage, et de le parachever dans un tel temps, le locateur sera autorisé à faire marché avec un autre pour faire l'ouvrage, ou ce qui en reste, en appelant le conducteur au marché; et on condamne le premier conducteur à payer, par forme de dommages et intérêts, ce qu'il en coûtera de plus par le second marché, que le prix convenu par le premier.

423. Cette action, qu'a le locateur contre le conducteur pour lui faire faire l'ouvrage dont il s'est chargé, est une action indivisible; la construction d'un ouvrage étant quelque chose d'indivisible, suivant les principes établis en notre Traité des Obligations.

C'est pourquoi, si le conducteur, qui a contracté cette obligation, laisse plusieurs héritiers, chacun des héritiers peut être assigné à faire tout l'ouvrage : mais il peut demander délai pour mettre ses cohéritiers en cause; et étant tous en cause, faute par eux de remplir leur obligation, chacun d'eux ne sera condamné que pour sa part aux dommages et intérêts résultans de l'inexécution de l'obligation primitive. Cela est conforme aux principes que nous avons établis en notre Traité des Obligations, *n.* 324 *et* 333.

§ II. DE L'OBLIGATION DE FAIRE L'OUVRAGE A TEMPS.

424. Il ne suffit pas au conducteur de faire l'ouvrage dont il est chargé, pour remplir entièrement son obligation; il doit le faire et l'achever dans le temps porté par le marché; s'il ne l'a pas achevé dans ce temps, il est tenu des dommages et intérêts que le locateur a soufferts du retard.

Par exemple, si j'ai fait marché avec un entrepreneur de me construire une maison, et de la rendre parfaite et en état d'être habitée à la Saint-Jean 1773, cet entrepreneur, qui n'a pas achevé ma maison dans ledit temps, quoiqu'il l'ait achevée depuis, est tenu de m'indemniser du loyer que j'aurais pu avoir de cette maison, et que je n'ai pu louer, parce qu'elle n'a pas été achevée au temps convenu; et si je l'avais louée pour le terme de la Saint-Jean, dans la confiance qu'elle serait alors achevée, et que n'ayant pu remplir mon obligation, j'aie été condamné en des dommages et intérêts envers le locataire, l'entrepreneur, par le retard duquel je n'ai pu la remplir, est en outre tenu de m'en acquitter.

Quoique le temps, dans lequel l'ouvrage doit être fait, ne soit pas exprimé par le contrat, il y est quelquefois sous-entendu par les circonstances. Par exemple, si, aux approches du temps de la foire, un marchand a fait marché avec un ouvrier pour raccommoder une loge où un étal qu'il a dans la place de la foire; quoique le temps, dans lequel cet ouvrage doit être fait ne soit pas exprimé par le marché, il est évident que les parties ont entendu qu'il serait fait avant la foire, pour que la loge ou l'étal fût en état de servir lorsque la foire commencerait : c'est pourquoi l'ouvrier, faute d'avoir fait l'ouvrage dans ce temps, doit être tenu des dommages et intérêts que le locateur a soufferts.

§ III. DE L'OBLIGATION DE FAIRE BIEN L'OUVRAGE.

425. Il y a lieu à l'action *ex locato* contre le conducteur, non seulement lorsqu'il n'a pas fait

l'ouvrage qu'il s'est chargé de faire, mais aussi lorsque l'ouvrage est défectueux et mauvais, soit que le vice vienne des mauvais matériaux que l'entrepreneur a employés, soit qu'il vienne de la façon et de l'impéritie de l'entrepreneur, ou des ouvriers qu'il a employés, car quiconque se charge d'un ouvrage, s'oblige de le faire bien et selon les règles de l'art, *spondet peritiam artis ;* et c'est de sa part une faute de se charger d'une chose qui surpasse ses forces, et d'employer de mauvais ouvriers. C'est le cas de cette règle de droit : *Imperitia culpæ annumeratur; l.* 132, ff. *de reg. jur.*

426. Lorsque le conducteur ne convient pas des défectuosités de son ouvrage dont le locateur se plaint, et soutient au contraire qu'il est recevable, le juge en ordonne la visite; et s'il est trouvé défectueux, il condamne l'entrepreneur à en réparer les défectuosités; et faute par lui de le faire dans un certain temps qu'il lui prescrit, il autorise le locateur à le faire faire par qui bon lui semblera, aux dépens de cet entrepreneur.

L'entrepreneur est en outre tenu des dommages que le vice de son ouvrage a causés au locateur. Par exemple, si j'ai fait marché avec un ouvrier pour me construire ou pour me réparer une maison, et que, par le vice de la construction ou des matériaux qu'il a employés, la maison se soit écroulée, il sera tenu de la perte que j'ai soufferte des meubles qui ont été rompus par la chute de la maison, et qu'on n'a pu sauver.

Il faut néanmoins, à cet égard, suivre les tempéramens que nous avons apportés en notre Traité des Obligations, *n.* 165.

§ IV. DE L'OBLIGATION DU CONDUCTEUR PAR RAPPORT AUX CHOSES QUE LE LOCATEUR LUI A FOURNIES POUR L'OUVRAGE QU'IL LUI A DONNÉ A FAIRE.

427. La principale obligation, que contracte le conducteur par rapport aux choses que le locateur lui fournit pour l'ouvrage qu'il lui donne à faire, est de les bien employer.

S'il ne les a pas bien employées, et que, par son impéritie, il les ait gâtées et mises hors d'état de pouvoir servir à l'ouvrage, il doit ou en fournir à ses dépens d'autres de pareille qualité, ou en payer la valeur au locateur, à la charge par le locateur de laisser à ce conducteur celles qu'il a gâtées, pour en faire ce que bon lui semblera.

Par exemple, si j'ai fait marché avec un entrepreneur pour me construire une maison avec les matériaux que je lui fournirai, et qu'il ait mal taillé les bois qui devaient servir pour l'escalier, de manière qu'ils n'y puissent plus servir, il est obligé de les prendre pour son compte, et de m'en fournir d'autres de pareille qualité, ou de m'en payer la valeur.

Pareillement, si j'ai donné de l'étoffe à un tailleur pour me faire un habit, et qu'il m'en ait fait un qui ne soit pas recevable, il est obligé de garder l'habit pour son compte, et de me payer le prix de l'étoffe.

428. Le conducteur, de même que dans le cas du paragraphe précédent, est à cet égard tenu, non seulement de sa propre faute, mais de celle des sous-conducteurs à qui l'ouvrage aurait été sous-baillé à faire, soit pour le tout, soit pour partie, et de celle des ouvriers que lui ou les sous-conducteurs auraient employés.

Si ce n'est pas par la faute ou l'impéritie du conducteur, ni par celle des personnes dont il est responsable, que les choses qui lui ont été fournies ont été gâtées en les employant, mais que cela soit arrivé par un vice de cette chose qui n'a pas été prévu, le conducteur ne sera pas tenu de cette perte, à moins que, par une clause particulière du marché, il ne se fût expressément chargé du risque de ce cas fortuit. C'est ce qui est décidé en la loi 13, § 5, ff. *locat. Si gemma includenda aut insculpenda data sit, eaque fracta sit; si quidem vitio materiæ factum sit, non erit ex locato actio ; si imperitiâ facientis, erit ;* et il ajoute, *nisi periculum in se artifex receperit; tunc enim, etsi vitio materiæ id evenit, tenebitur.*

429. Le conducteur contracte encore une autre obligation à l'égard des choses que le locateur lui fournit pour l'ouvrage qu'il lui donne à faire; c'est d'apporter à leur conservation le soin d'un diligent père de famille, depuis qu'elles lui ont été remises.

Par exemple, si j'ai donné à un tailleur des galons pour un habit que je lui avais donné à faire, et qu'on les lui ait dérobés, il en est responsable; car c'est sa faute de les avoir laissé dérober, et de ne les avoir pas mis en lieu sûr et sous la clef.

Le locateur a contre le conducteur, en ce cas, l'action *ex locato*, pour le faire condamner à lui rendre le prix de sa chose, faute de pouvoir la représenter, si mieux il n'aime en fournir une autre de pareille qualité.

Ce prix se règle sur ce qu'elle paraît avoir coûté au locateur par la quittance que lui en a donnée le marchand, à moins que le prix de ces choses ne fût augmenté depuis; car le conducteur doit rendre la valeur présente.

430. Le locateur, qui est remboursé par le conducteur, doit subroger le conducteur en tous ses droits et actions pour la répétition de la chose, tant contre le voleur que contre ceux en la possession desquels la chose se trouverait. Le conducteur peut même, selon nos usages,

los exercer, quoiqu'il n'ait pas été expressément subrogé; il ost censé l'être tacitemont par la quittance du prix que lo locateur lui a donné.

431. Si, depuis que le conducteur a été condamné do payer lo prix de la chose qui lui a été dérobéo, cette chose se retrouvo, jo pense qu'il doit être reçu à la représenter, n'ayant été condamné à payer le prix que faute do représenter la chose.

Je pense, néanmoins, qu'il faut pour cela quo les choses soient entières; car si, dans l'espèce ci-dessus proposée, le locateur, onvors qui le tailleur a été condamné de payer le prix des galons dérobés, en avait acheté d'autres, le tailleur no pourrait plus être absous de la condamnation d'en payer le prix, en représentant les galons qu'il aurait recouvrés. Les choses, en ce cas, ne sont plus entières, et le locateur n'a plus besoin do ceux qui lui sont représentés; il est fondé à les refuser, et à les laisser au tailleur pour son compto.

A plus forte raison, le conductour, qui a payé au locateur lo prix de la choso dérobée, no doit pas être admis, en offrant de représenter cotto chose recouvréo, à répéter lo prix qu'il a payé, lorsquo les choses ne sont plus entières, et que le locateur a dépensé co prix.

ARTICLE II.

Des obligations du conducteur qui naissent de la bonne foi, et des clauses opposées au contrat.

432. La bonne foi, qui doit régner dans lo contrat de louage, do même que dans les autres contrats, oblige le conductour à n'user d'aucun mensonge ni d'aucun autre artifice pour faire paraître l'ouvrage qu'on lui donne à faire, plus considérable qu'il n'ost en offet, afin d'en tirer un plus grand prix.

Co n'est pas tout: la bonne foi l'oblige à ne pas domander un prix qui soit au-delà du juste prix; il est obligé, dans le for de la conscience, à restituor au locatour qui ignorait lo juste prix, ce qu'il en a reçu do plus. Celo est fondé dans la nature des contrats commutatifs, où chacune des parties doit recevoir le juste équivalent de ce qu'elle donne.

433. Enfin le conducteur est tenu de remplir toutes les obligations qui naissent des clauses particulières apposées au contrat de louage.

Par exemplo, si lo conductour, qui a entrepris de construire un bâtiment, a, par uno clause particulière du contrat, garanti lo locateur qu'il n'y aurait do dix ans aucunes réparations à y faire, et s'est obligé à faire toutes celles qui surviendraient pour un écu par chaque annéo, lo conducteur est obligé de remplir cotte obligation; et si dans lo temps dos dix années il survient quelque réparation, lo locateur peut, *actione ex locato*, l'obliger à les faire pour lo prix convenu d'un écu.

Au reste, cotte convention no s'étend pas à celles auxquelles un tremblement de torre ou un violent ouragan aurait donné lieu, ces cas étant censés n'avoir pas été prévus.

CHAPITRE III.

Aux risques de qui est l'ouvrage avant qu'il soit reçu ou même parachevé.

L'ouvrage, qui fait l'objet du contrat de louage, même avant qu'il soit reçu, et même avant qu'il soit fini, ost aux risques du locateur, en ce sens, quo s'il périt par une force majeure, la perte en doit tomber entièremont sur le locateur, et non sur le conducteur, qui doit être payé, non du total du prix, si l'ouvrage ost péri avant qu'il ait été parachevé, mais du prix de ce qui en avait été fait.

C'ost ce qui est décidé en la loi 59, ff. *locat.*, où il est dit: *Marcius domum faciendam à Flacco conduxerat; deindè operis parte effectâ terræ motu concussum erat ædificium; Massurius Sabinus si vi naturali, veluti terræ motu, hoc acciderit, Flacci esse periculum.*

La raison est, que le contrat do loüage d'ouvrage étant un contrat commutatif de la classe des contrats *do ut facias; l. 5, § 2, ff. de præscr. verb.*, dans lequel le conducteur donne au locateur son travail, pour la somme d'argent convenue pour le prix, il est justo que, quoiqu'il ait été empêché par une force majeure de parachever son travail, il reçoive néanmoins uno partie du prix, à proportion do la partie de ce travail qu'il a faite pour lo compte du locateur.

Ajoutez, qu'à mesure quo le conducteur travaille sur uno chose principalo sur laquelle le locateur lui a donné un ouvrago à faire, tout ce qui résulte du travail do l'ouvrior, même les matériaux qu'il fournit, accèdont à la chose principale sur laquello il travaille, ot en deviennent un accessoire.

Par oxemplo, lorsque j'ai fait un marché avec un architecte pour qu'il mo construise, sur mon terrain, un bâtiment dont il mo fournira les matériaux; à mesure que lo bâtiment s'élève,

il devient un accessoire de mon terrain sur lequel il est construit, suivant la règle de droit, *Ædificium solo cedit;* tout ce qui résulte du travail de l'architecte, les matériaux qu'il a fournis, et le commencement de forme qui leur est donné, m'est acquis *jure accessionis*. C'est pourquoi Ulpien, en la loi 39, ff. *de rei vend.*, dit : ***Redemptores qui suis cæmentis ædificant, statim cæmentum faciunt eorum in quorum solo ædificant.*** Ce commencement de bâtiment, à mesure qu'il s'élève, doit donc être aux risques du locateur sur le terrain duquel il est construit; et s'il vient à périr par quelque force majeure, comme par un tremblement de terre, c'est lui qui en doit porter la perte, suivant la règle, *Res perit domino.*

Il en serait autrement, si j'avais eu convention avec un architecte qu'il me bâtirait une maison sur son propre terrain suivant un devis, dont il me mettrait en possession pour un certain prix lorsqu'elle serait bâtie. L'architecte, dans cette espèce, bâtissant la maison sur son propre terrain, cette convention ne serait pas un contrat de louage, mais un contrat de vente que cet architecte me ferait de la maison lorsqu'elle serait bâtie. Il n'y a pas encore de chose vendue, c'est *conditio rei futuræ;* c'est pourquoi il n'y a encore rien qui puisse être aux risques de l'acheteur, jusqu'à ce qu'il y ait une maison parachevée : tant qu'elle ne l'est pas, le bâtiment, à mesure qu'il s'élève, est aux risques de l'architecte, à qui il apppartient comme faisant partie de son terrain; et s'il vient à périr par un tremblement de terre, ou par quelque autre accident, c'est pour le compte de l'architecte qu'il périt.

Le principe, que l'ouvrage est aux risques du locateur, même avant qu'il ait été parachevé, n'a lieu que lorsque c'est par un accident et une force majeure que l'ouvrage commencé a péri, soit en total, soit en partie; *l.* 36; *l.* 59, ff. *locat. cond.*

434. Même en ce cas, la perte ne tomberait pas sur le locateur, si l'ouvrage qui est péri, quoique par une force majeure, était un ouvrage défectueux et non recevable. C'est ce qu'enseigne Javolenus, en la loi 37, ff. *locat. cond.* ***Si priusquàm locatori opus probaretur vi aliquâ consumptum est, detrimentum ad locatorem pertinet, si tale opus fuit ut probari deberet.***

Mais en ce cas, c'est au locateur qui refuse de payer le prix, à justifier que l'ouvrage qui est péri par un ouragan, un tremblement de terre ou autre force majeure, était un ouvrage défectueux et non recevable.

Si le locateur prouve que l'ouvrage était totalement défectueux, et tel qu'il eût fallu le détruire entièrement, quand même l'accident ne serait pas arrivé, l'architecte ne peut rien demander du prix de l'ouvrage.

S'il prouvait seulement que l'ouvrage avait certaines défectuosités qui pouvaient se réparer sans détruire l'ouvrage, le locateur doit payer le prix, sous la déduction de ce qu'il en eût coûté pour réparer lesdites défectuosités.

435. Lorsqu'il n'est ni avoué entre les parties, ni justifié qu'il soit arrivé quelque accident ou force majeure qui ait pu donner lieu à la ruine de l'ouvrage, l'ouvrage, qui vient à périr en tout ou en partie avant qu'il ait été parachevé, et même après qu'il a été parachevé, mais avant qu'il ait été reçu, est présumé être péri par le défaut de l'ouvrage, et par conséquent par la faute de l'ouvrier, qui en conséquence ne sera pas reçu à demander le prix de cet ouvrage qui est péri. C'est en ce sens qu'il faut entendre ce que dit Florentinus en la loi 36, ff. *locat. Opus quod aversione locatum est, donec adprobetur, conductoris periculum est.*

436. Cette loi observe une différence remarquable entre un marché d'ouvrage fait *aversione*, c'est-à-dire, par lequel l'entrepreneur se charge de faire tout l'ouvrage, et de le rendre parfait, et un marché fait à la toise, par lequel on convient seulement avec l'ouvrier, qu'il travaillera à l'ouvrage à raison de tant par chaque toise qu'il en aura faite. Lorsque le marché est fait *aversione*, l'entrepreneur ne peut faire recevoir l'ouvrage, qu'il ne soit entièrement parachevé; et jusqu'à ce temps il est à ses risques. Au contraire, lorsque le marché est fait à la toise, l'entrepreneur n'est pas obligé d'attendre que l'ouvrage soit entièrement parachevé. A mesure qu'il avance, il peut demander que ce qu'il a fait soit toisé, et que le locateur le reçoive, s'il ne s'y trouvait rien de défectueux; et lorsque ce qu'il a fait aura été toisé et reçu, il cessera, pour cette partie, d'être à ses risques : ***Opus quod aversione locatum est, donec adprobetur, conductoris periculum est : quod verò ita conductum sit, ut in pedes mensurasve præstetur, eatenùs conductoris periculo est, quatenus admensum non sit. dict. l.***

Après que l'ouvrage a été parachevé, ou après qu'il a été toisé, lorsqu'il a été fait à la toise, le locateur doit le recevoir, c'est-à-dire, l'approuver, s'il n'y trouve pas de défaut; s'il en trouve, et qu'en conséquence il refuse de le recevoir, le juge en doit ordonner la visite par experts, dont les parties doivent convenir, comme nous l'avons vu *suprà, chap.* 2, *sect.* 2, *art.* 1, § 3.

437. L'ouvrage est censé tacitement reçu, lorsque le locateur a laissé passer un temps un peu considérable sans se plaindre, surtout s'il en a payé le prix sans protestation.

CHAPITRE IV.

De la résolution du contrat de louage d'ouvrage.

438. Le contrat de louage d'ouvrage peut, de même que les autres contrats, se résoudre par le consentement des parties; quelquefois par la volonté d'une seule partie, quelquefois par la mort de l'une des parties, quelquefois par une force majeure qui en empêche l'exécution.

§ I. DE LA RÉSOLUTION DU CONTRAT DE LOUAGE PAR LE CONSENTEMENT DES PARTIES.

439. Cette résolution, lorsqu'elle intervient avant que l'ouvrage ait été commencé, ne donne lieu à aucuns dommages et intérêts, à moins qu'il n'en eût été convenu autrement entre les parties, en cas que le contrat fût résolu.

Le contrat de louage d'ouvrage peut se résoudre par le consentement mutuel des parties, même depuis que l'ouvrage a été commencé; mais le locateur, en ce cas, doit payer au conducteur ou entrepreneur le prix de ce qui a été fait, à moins qu'il n'y ait convention contraire.

§ II. SI LE CONTRAT DE LOUAGE D'OUVRAGE PEUT SE RÉSOUDRE PAR LA VOLONTÉ DE L'UNE DES PARTIES.

440. Il faut examiner la question à l'égard du locateur et à l'égard du conducteur.

A l'égard du locateur, s'il ne juge plus à propos de faire faire l'ouvrage qu'il a donné à faire, il peut résoudre le marché, en avertissant le conducteur, et en l'indemnisant.

Par exemple, si j'ai fait marché avec un entrepreneur pour la construction d'un bâtiment, et que, depuis le marché conclu et arrêté entre nous, je lui déclare que je ne veux plus bâtir, et que je demande en conséquence la résolution du marché, l'entrepreneur ne peut pas s'opposer absolument à la résolution du marché, et prétendre que je doive lui payer le prix entier du marché, aux offres qu'il fait de remplir de sa part son obligation, et de construire le bâtiment porté au devis; car il a pu me survenir, depuis la conclusion de notre marché, de bonnes raisons, pour ne pas bâtir, dont je ne suis pas obligé de rendre compte; il a pu me survenir des pertes dans mes biens, qui me mettent hors d'état de faire la dépense que je m'étais proposée. Mais si je dois être reçu à demander la résolution du marché, ce ne peut être qu'à la charge de dédommager l'entrepreneur, s'il souffre quelque dommage de son inexécution, *putà*, si, avant que je lui eusse déclaré mon changement de volonté, il avait déjà fait emplette de quelques matériaux qu'il sera obligé de revendre à perte; s'il avait déjà loué des ouvriers qui lui deviennent inutiles. On doit aussi comprendre dans les dommages et intérêts de l'entrepreneur, le profit qu'il aurait pu faire sur d'autres marchés que celui dont on demande la résolution lui a fait refuser.

441. Le locateur peut demander la résolution du contrat, quand même l'ouvrage aurait déjà été commencé; et du jour qu'il a signifié à l'entrepreneur qu'il n'entendait plus que l'ouvrage fût continué, l'entrepreneur doit le discontinuer. Le locateur est seulement tenu, en ce cas, de lui payer le prix de ce qu'il a fait, par estimation et ventilation, ensemble ses dommages et intérêts, s'il en souffre de l'inexécution du marché, comme il a été dit ci-dessus.

442. Si l'ouvrage était déjà commencé, et que le locateur eût payé entièrement le prix du marché, pourrait-il demander la résolution de ce marché, et répéter le prix qu'il a payé, sous la déduction des dommages et intérêts que l'entrepreneur a soufferts de l'inexécution du marché, et du prix de ce qui a été fait? La raison de douter est, que la somme, qui a été payée à l'entrepreneur, lui était due lorsqu'elle lui a été payée, puisque le locateur s'était obligé par le contrat intervenu entre eux de la lui payer pour le prix de l'ouvrage : or il ne peut y avoir lieu à la répétition d'une somme qui a été payée, que lorsqu'elle n'était pas due. La réponse est, que cette somme n'était due à l'entrepreneur, qu'autant qu'il ferait et parachèverait l'ouvrage dont elle était le prix, le locateur étant toujours le maître, comme nous venons de le voir, d'empêcher la confection ou la continuation de l'ouvrage, en offrant les dommages et intérêts que l'entrepreneur souffre de l'inexécution du marché : l'ouvrage ne devant plus se faire, la somme, qui a été payée pour le prix de cet ouvrage, se trouve n'avoir pas été due, et il y a lieu à la répétition de cette somme par l'action qu'on appelle en droit *condictio sine causâ*, qui a lieu, non seulement lorsqu'une somme a été promise ou payée sans cause, mais lorsque la cause, pour laquelle elle a été promise ou payée,

n'a pas eu lieu : *Sive ab initio sine causâ promissum est, sive fuit causa promittendi, quæ finita est, vel secuta non est, dicendum est condictioni locum fore; l.* 1, § 2, *ff. de condict. sine causâ.*

Observez que non seulement on doit permettre à l'entrepreneur de déduire et retenir sur cette somme celle à laquelle on évaluera les dommages et intérêts qu'il a soufferts de l'inexécution du marché; mais s'il allègue qu'il n'a plus l'argent qu'il a reçu, et qu'il l'a dépensé, on doit lui accorder des termes de paiement pour la restitution de ce qu'il doit rendre, de manière qu'il ne soit point incommodé de cette restitution.

443. A l'égard du conducteur, lorsque le marché a été conclu, il ne peut plus se dispenser de l'exécuter : s'il est en demeure de l'exécuter, le locateur peut le faire condamner à exécuter l'ouvrage dont il s'est chargé, et faire ordonner que, faute par lui de le commencer dans un temps qui lui sera prescrit par le juge, le locateur sera autorisé à conclure marché avec un autre ouvrier pour faire l'ouvrage aux risques et aux dépens de ce conducteur, en appelant le conducteur au marché.

§ III. SI LE CONTRAT DE LOUAGE D'OUVRAGE SE RÉSOUT PAR LA MORT DU LOCATEUR.

444. La mort du locateur ne résout pas le contrat de louage d'ouvrage; son héritier lui succède aux droits et actions qui résultent de ce contrat, et il peut, de même que l'aurait pu le défunt, faire condamner le conducteur à l'exécuter, s'il est en retard de le faire.

Mais si l'héritier ne juge pas à propos que le marché soit exécuté, il peut en résoudre le marché, comme l'aurait pu faire le défunt locateur, en avertissant le conducteur, et en l'indemnisant. Voyez ce *que nous avons dit au paragraphe précédent.*

445. Tant qu'il ne fait pas cette déclaration, le marché subsiste, et le conducteur est en conséquence fondé à l'exécuter : en cela le louage diffère du mandat, qui se résout de plein droit par la mort du mandant.

446. Lorsque le locateur laisse plusieurs héritiers, ils doivent convenir entre eux si on exécutera le marché ou non. Si, avant que d'en être convenus, l'un d'eux dénonçait au conducteur qu'il n'entend pas qu'on fasse l'ouvrage, ou, s'il était commencé, qu'il n'entend pas qu'on le continue, le conducteur devrait l'assigner pour faire ordonner qu'il serait tenu de se régler avec ses cohéritiers, dans un temps qui serait imparti par le juge; et que faute de se régler, ledit temps passé, le conducteur serait autorisé à commencer ou à continuer l'ouvrage, sous la réserve de dommages et intérêts dudit conducteur, si aucuns il a soufferts de l'inexécution ou du retard apporté par ladite dénonciation à l'exécution du marché. Si les héritiers sont de différens avis, les uns voulant l'exécution du marché, les autres ne la voulant pas, ils doivent faire décider la question par le juge, qui la décidera par le *quid utilius*, et nommera pour cet effet des arbitres, lesquels, sur l'examen qu'ils feront du marché et des fonds de la succession, déclareront quel est le parti qu'ils estiment être le plus avantageux.

447. Lorsque l'ouvrage, qui fait l'objet du marché, est à faire sur un héritage propre d'une certaine ligne, et que le locateur est mort laissant un héritier aux propres de cette ligne, et un autre héritier à ses meubles et acquêts, lequel de ces deux héritiers succédera-t-il aux droits résultans du contrat de louage, et à l'action qu'avait le locateur pour faire condamner le conducteur à le faire? Il semble que l'héritier aux propres n'y puisse pas succéder; car l'obligation du conducteur, d'où naissent le droit et l'action que le locateur défunt avait contre lui, étant une obligation qui consiste à faire quelque chose, et qui, faute par le débiteur de l'avoir faite, se résout en dommages et intérêts qui consistent dans la somme d'argent à laquelle ils seront liquidés, cette obligation est une obligation mobiliaire; et par conséquent le droit et l'action, qui ont résulté de cette obligation du conducteur au profit du locateur, envers qui elle a été contractée, sont des droits mobiliers qui paraissent faire partie de la succession mobiliaire du locateur, à laquelle cet héritier aux propres n'est pas appelé.

D'un autre côté, inutilement l'héritier aux meubles et acquêts succéderait-il aux droits et actions qui résultent de ce contrat de louage, puisque l'ouvrage, qui en fait l'objet, étant un ouvrage à faire sur un héritage auquel il ne succède point, il ne peut avoir aucun intérêt qu'il soit fait; et par conséquent en vain succéderait-il à l'action du locateur pour obliger le conducteur à le faire. C'est pourquoi je pense que l'héritier aux propres, qui succède à l'héritage où l'ouvrage doit se faire, doit aussi succéder à l'action qu'avait le locateur défunt contre le conducteur pour l'obliger à le faire; car quoique cette action en elle-même soit une action mobiliaire, et qui ne fait pas proprement partie de l'héritage à la succession duquel cet héritier est appelé, néanmoins c'est une action par rapport à cet héritage, et qui en ce sens peut être considérée comme en étant une appartenance ou dépendance; et il y a lieu de soutenir que la loi, qui appelle les lignagers à la succession des héritages propres du défunt, les appelle aussi à

la succession do tous les droits et actions que le défunt avait par rapport auxdits héritages, comme à une dépendance de cette succession; surtout lorsqu'il n'y a que ceux qui succèdent à l'héritage qui y puissent utilement succéder. C'est co qui paraîtra par l'exemple dos droits résultans des baux à ferme ou à loyer. Lorsque quelqu'un a fait un bail à ferme ou à loyer de son héritage propre d'une certaine ligno, et qu'il laisse un béritier aux propres qui succède à cet héritage, et un autre béritior aux meubles et acquêts; quoique l'action, qu'avait le défuot contre le locataire nu fermier, soit uoe action mobiliairo, néanmoins il n'est pas douteux, dans l'usage, que l'béritier aux propres, qui succède à cet béritage, quoiqu'il ne soit pas en même temps héritier au mobilier, succède à cette action, et qu'il pout, en vertu de cette action, obliger le locataire nu fermier à entretenir le bail pendant tout le temps pour lequel il a été fait; et la raison en est, quo cette action est une action que le défuot avait par rapport à cet béritage, qui en est comme une espèce de dépendance, et qui ne peut être utile qu'à celui qui succède à cet héritago : or il y a entière parité de raison pour décider la même chose dans notre ospèce à l'égard de l'action qui résulte d'un contrat do louage d'ouvrage.

Jo sais qu'il y a des jurisconsultes français qui prétendent se tirer d'une autre manière de cette difficulté, en disant que l'héritier au mobilier succède véritablement aux droits et actioos que le défunt avait contre l'entrepreneur, et qui résultent du marché pour l'ouvrage à faire sur son héritage propre, ces droits étant des droits mobiliers; mais que l'héritier au mobilier qui y succède, est tenu, *judicio familiæ erciscundæ*, de les céder à l'héritier aux propres, à qui seul ils peuvent être utiles. Cela ne me paraît pas satisfaisant; car ces héritiers succédant à différeos biens, et n'ayant rien entre eux de commun, il n'y a aucun partage à faire entre eux; il n'y a à faire entre eux qu'un simple acte do contribution pour la part dont chacun est tenu du passif de la succession : or n'y ayant aucun partago à faire entre eux, ni par conséquent de *judicium familiæ erciscundæ*, comment peut-on dire quo l'héritier au mobilier est tenu de céder à l'héritier aux propres les droits et actions qui résultent du marebé? D'ailleurs si c'était l'béritier au mobilier qui y succédât véritablement, pourquoi n'en pourrait-il pas disposer comme bon lui semblerait, et en faire remise au débiteur? *Quo jure* l'héritier aux propres qui n'en serait pas l'héritier, aurait-il néanmoins le droit de lui demander qu'il lui fit une cessioo de ces droits? Il me semble qu'il est bien plus simple, sans avoir recours à cetto cession, do dire, comme nous le disons, quo la loi, qui défère à l'héritier aux propres la successioo aux propres du défunt, lui défère aussi les actions que le défunt avait pour les ouvrages à faire sur ce propre, comme ne pouvant être utiles qu'à lui, et comme étant en conséquenco une espèce de dépendance de la succession aux propres qu'elle lui défère.

448. A l'égard de l'obligation que le locateur défunt a contractée envers le conducteur pour un ouvrage à faire sur un de ses béritages propres, cette obligation est uoo dette do sa successioo, dont tous ses héritiers, ceux au mobilier aussi bien que ceux aux propres, sont tenus chacun pour leur part héréditaire.

Il faut, néanmoins, distinguer plusieurs cas. Le premier cas est lorsque le locateur est mort après l'ouvrage achevé. Il n'est pas douteux, en ce cas, que ce qui était dû par lo locateur, lors de sa mort, pour le prix dudit ouvrage, est dû par tous ses héritiers; que l'héritier aux acquêts, quoiqu'il ne profite en rien de cet ouvrage, en est tenu pour sa part héréditaire, et que l'héritier aux propres, quoiqu'il en profite seul, n'est tenu de cette dette que pour sa part; de même que lorsqu'un héritier aux acquêts succède à un héritage acquis par le défunt qui en devait le prix, l'héritier aux propres, qui ne profite en rien de l'acquisition, ne laisse pas de devoir sa part du prix. La raison est que (comme nous l'avons établi au long en notre Introduction sur le titre des successions de la Coutume d'Orléans, *n.* 116 *et suiv.*), dans la distribution des dettes du défunt entre ses héritiers, on ne considère ni l'origine ni la cause de la dette; et que chacun des héritiers, étant pour sa part successeur à la persoone civile du défunt, doit succéder pour sa part à ses obligations.

449. Le second cas est celui auquel l'ouvrage n'a été commencé que depuis la mort du locateur. En ce cas, le prix du marché de cet ouvrage qui était dû lors de la mort du défunt, doit être payé en entier par le seul héritier qui a succédé à l'héritage sur lequel l'ouvrage devait être fait; car cet béritier a succédé à cet béritage tel qu'il s'est trouvé lors de l'ouverture do la succession : l'ouvrage, qui a été fait sur cet béritage, et qu'on n'a commeocé que depuis l'ouverture do la succession, est uoe augmentation qu'il a fait faire sur son béritage, en vertu du droit résultant du marché fait par le défunt, auquel il a seul succédé, et dont il profite seul : puisque c'est lui qui a fait faire l'ouvrage, c'est à lui seul à le payer. Il ne peut y faire contribuer l'héritier aux meubles et acquêts, sous le prétexte que cet héritier succède pour sa part héréditaire aux obligations que le défuut avait contractées par ce marché; car il n'en

peut être tenu que comme le défunt l'était : or le défunt pouvait se décharger de l'obligation de payer le prix de l'ouvrage, en ne le faisant pas faire; et il n'eût été tenu, en ce cas, que des dommages et intérêts qu'aurait pu souffrir le conducteur de l'inexécution du marché. Par la même raison, l'héritier aux meubles n'ayant pas fait faire l'ouvrage, mais cet ouvrage étant censé fait de l'ordre du seul héritier aux propres, qui a seul succédé au droit de le faire faire, l'héritier aux acquêts n'y doit contribuer en rien.

450. Observez que si le défunt, de son vivant, en avait payé et avancé le prix au conducteur, l'héritier aux propres en profiterait, et l'héritier aux acquêts n'aurait pas droit de répéter contre lui la somme payée par le défunt pour cet ouvrage : car le défunt, en la payant, n'a pu acquérir aucun droit contre lui-même, et il n'en est passé par conséquent aucun dans sa succession mobiliaire à son héritier aux acquêts.

451. Le troisième cas est celui auquel l'ouvrage se serait trouvé commencé lors de l'ouverture de la succession du locateur, et se serait continué et parachevé depuis. Il faut, par les mêmes raisons, décider que l'héritier aux meubles et acquêts ne doit contribuer, avec l'héritier aux propres, qu'au prix de ce qu'il y avait d'ouvrage de fait lors de l'ouverture de la succession; et que le prix de tout ce qui s'est fait depuis, doit être payé par l'héritier seul, qui succède à l'héritage.

Si le défunt avait payé une partie du prix de son vivant, ce qu'il aurait payé devrait s'imputer d'abord sur le prix de l'ouvrage qui aurait été fait de son vivant.

452. Le quatrième cas est celui auquel le marché n'a pas été exécuté; l'héritier aux propres, qui a succédé à l'héritage sur lequel l'ouvrage devait être fait, n'ayant pas voulu qu'on le fît, on n'ayant pas voulu qu'on le continuât, s'il avait déjà été commencé du vivant du locateur; on demande, en ce cas, si l'héritier aux propres est fondé à demander que l'autre héritier contribue aux dommages et intérêts dus au conducteur pour l'inexécution du marché. Pour l'affirmative on dira, que c'est le marché que le défunt a fait avec le conducteur, qui donne lieu à ces dommages et intérêts. La dette de ces dommages et intérêts résulte d'une obligation que le défunt a contractée par ce marché : or les obligations, que le défunt a contractées par le marché, doivent, de même que toutes ses autres obligations, passer à tous ses héritiers.

L'héritier aux meubles et acquêts peut répondre à ce raisonnement : On convient que les obligations, qui naissent immédiatement du marché, passent à tous les héritiers du locateur, telle qu'est l'obligation de payer le prix des ouvrages portés audit marché, qui auraient été faits en tout ou en partie du vivant du locateur; l'héritier aux meubles, quoiqu'il ne profite pas desdits ouvrages, et que l'héritier aux propres en profite seul, doit contribuer à cette dette, parce qu'elle naît du marché immédiatement, et comme de sa cause prochaine. Il n'en est pas de même des dommages et intérêts dus dans le cas proposé pour l'inexécution du marché. La dette de ces dommages et intérêts a bien son origine dans le marché intervenu entre le défunt et le conducteur; elle naît en quelque façon de ce marché, mais elle n'en naît que comme d'une cause éloignée : la cause prochaine, d'où elle naît, est l'empêchement que l'héritier aux propres apporte à l'exécution du marché : comme c'est lui seul que ce marché concerne, et que c'est lui seul qui succède aux droits actifs résultans de ce marché, c'est lui seul qui peut, ou en consentir, ou en empêcher l'exécution. Cet empêchement étant le fait de lui seul, la dette des dommages et intérêts, qui naît de l'inexécution du marché, naît du fait de lui seul, et doit être portée par lui seul; ou du moins, si l'héritier aux meubles et acquêts en est tenu pour sa part, je pense qu'il en doit être indemnisé par l'héritier aux propres, qui, par son fait et son refus d'exécuter le marché, a donné lieu à ces dommages et intérêts.

§ IV. SI LE CONTRAT DE LOUAGE D'OUVRAGE SE RÉSOUT PAR LA MORT DU CONDUCTEUR.

453. On doit sur cette question distinguer deux espèces de cas : la première espèce de cas, est lorsque l'ouvrage, qui fait l'objet du marché, est un ouvrage que le conducteur pouvait faire par d'autres aussi bien que par lui-même; comme lorsque j'ai fait marché avec un vigneron pour cultiver ma vigne pendant une ou plusieurs années; ou lorsque j'ai fait marché avec un architecte pour qu'il me bâtît une maison; ou lorsque j'ai fait marché avec un menuisier pour qu'il me fît un bureau dont je fournirais la matière. Dans tous ces cas, et dans tous les autres cas de cette espèce, la mort du conducteur ne résout pas le contrat; ses héritiers sont obligés à faire faire l'ouvrage que le conducteur s'était obligé de faire, de la même manière que le conducteur y était obligé lui-même : s'ils ne le font pas faire, l'obligation de faire un ouvrage étant une obligation indivisible, le demandeur peut demander contre chacun d'eux qu'il fasse faire l'ouvrage pour le total. Mais cet héritier assigné doit avoir délai pour mettre ses cohéritiers en cause; et ceux-ci y étant mis, faute par eux d'exécuter le

marché, il ne peut faire condamner chacun d'eux en ses dommages et intérêts que pour la part dont chacun d'eux est héritier. C'est ce que nous avons établi en notre Traité des obligations, *ch.* 4, *sect.* 2, *art.* 3, § 3.

454. Quoique les héritiers du conducteur succèdent à l'obligation qu'il a contractée de faire l'ouvrage, néanmoins, faute par eux de le faire faire, on peut quelquefois ne les pas condamner aussi rigoureusement que l'aurait été le conducteur, qui pouvant faire l'ouvrage qu'il s'est obligé de faire, serait en demeure de le faire, par mauvaise foi, et dans la vue de gagner davantage sur d'autres ouvrages que d'autres lui auraient donnés à faire.

Le juge doit même être facile à les absoudre de leur obligation, lorsque les choses sont entières, et que l'ouvrage n'ayant pas encore été commencé, le locateur est à portée de trouver à le faire faire par d'autres aux mêmes conditions.

455. La seconde espèce de cas, est lorsque l'ouvrage, qui fait l'objet du marché, est un ouvrage à l'égard duquel on a considéré l'industrie et les talens personnels de l'artiste avec qui le marché a été fait, et qui ne devait être fait que par lui. Il n'est pas douteux qu'en ce cas le marché est résolu par la mort du conducteur arrivée avant qu'il ait été en demeure de remplir son obligation : l'obligation du conducteur étant, en ce cas, l'obligation d'un fait personnel à ce conducteur, elle est éteinte par sa mort puisque ce qui en faisait l'objet a, par sa mort, cessé de subsister.

Il en serait autrement, si le conducteur avait été en demeure de faire l'ouvrage; car en ce cas, ses héritiers, qui n'ont pas succédé à l'obligation primitive, qui par sa nature *non est ad heredem transitoria*, succèdent à l'obligation secondaire des dommages et intérêts que le conducteur a contractée par sa demeure, celle-ci étant *ad heredes transitoria*.

456. La mort du conducteur, qui éteint l'obligation du conducteur, éteint-elle aussi celle du locateur ? Il n'est pas douteux qu'elle l'éteint lorsqu'elle arrive avant que l'ouvrage ait été commencé.

Quid, le conducteur est mort après avoir commencé l'ouvrage, le locateur sera-t-il obligé de payer aux héritiers du conducteur le prix de ce qu'on estimera que vaut ce qui a été fait.

Le locateur, pour s'en défendre, emploie cet argument : L'ouvrage, qui a fait l'objet du contrat, étant quelque chose d'indivisible, l'obligation de faire cet ouvrage est une obligation indivisible, qui n'est pas susceptible de parties. Le conducteur ne peut donc *per rerum naturam*, tant qu'il n'a pas fait l'ouvrage en entier, être censé s'être acquitté aucunement et pour partie de son obligation, puisqu'elle n'est pas susceptible de parties; d'où on conclut que ni lui ni ses héritiers ne peuvent exiger aucune partie du prix du locateur, qui n'est tenu de son obligation qu'autant que le conducteur remplit la sienne.

Ce raisonnement est plus subtil qu'équitable. Pour y répondre, observez que lorsque je donne à un ouvrier un ouvrage à faire, ce contrat renferme deux louages; le louage de l'ouvrage qu'on donne à faire à l'ouvrier, qui est le principal objet du contrat, et le louage que l'ouvrier conducteur de l'ouvrage que je lui donne à faire, me fait de son côté de son travail pour la confection de l'ouvrage. C'est ce qui résulte de la loi 22, § 2, ff. *locat. Quùm loco insulam faciendam, artifex conductor operis faciendi locat operam suam.*

L'ouvrage qu'il a entrepris est, à la vérité, quelque chose d'indivisible; mais son travail, qu'il m'a loué pour faire cet ouvrage, est quelque chose de divisible : ayant commencé l'ouvrage qu'il n'a pu, sans sa faute, parachever, ayant été prévenu par la mort, il m'a fourni une partie de son travail ; il doit donc recevoir le prix de cette partie.

§ V. DE LA RÉSOLUTION DU CONTRAT DE LOUAGE D'OUVRAGE, LORSQU'UNE FORCE MAJEURE EN EMPÊCHE L'EXÉCUTION.

457. Il est évident que le contrat de louage d'un ouvrage se résout, lorsqu'il survient une force majeure qui en empêche l'exécution, et que l'entrepreneur ne peut, en ce cas, prétendre aucuns dommages et intérêts.

Par exemple, si j'ai fait marché avec un entrepreneur de me construire, au printemps prochain, un édifice sur un certain terrain, et que peu après j'aie été contraint par des lettres-patentes de vendre ce terrain pour servir d'emplacement à une place publique, il est évident que le marché ne pouvant plus, en ce cas, s'exécuter, il se résout et est annulé. L'entrepreneur ne peut, en ce cas, prétendre aucuns dommages et intérêts contre le locateur, puisque ce n'est pas par son fait que le marché ne s'exécute pas, mais par une force majeure dont il ne peut être responsable. Mais au moins, si l'entrepreneur avait fait quelque dépense pour l'approche des matériaux, ne serait-il pas fondé à demander au locateur qu'il l'en indemnisât ? Je le pense; car ayant fait ces frais pour l'affaire du locateur et de son ordre, *et tanquàm ejus negotium gerens*, il paraît juste qu'il en soit remboursé.

APPENDICE

AU TRAITÉ DU CONTRAT DE LOUAGE.

De quelques espèces de contrats ressemblans au contrat de louage.

ARTICLE PREMIER.

Première espèce.

458. C'est un contrat de la classe des contrats *do ut des*, lorsque l'une des parties contractantes s'oblige de donner à l'autre l'usage d'une certaine chose, pour l'usage d'une autre chose que l'autre partie s'oblige réciproquement envers elle de lui accorder.

Cette espèce de contrat intervient assez souvent entre des gens de campagne. Par exemple, deux pauvres laboureurs voisins, qui n'ont chacun qu'un cheval, ne pouvant labourer leur champ avec un seul cheval, conviennent entre eux que tour à tour l'un d'eux accordera à l'autre pendant un jour, ou pendant un certain nombre de jours, l'usage de son cheval, à la charge que l'autre lui accordera ensuite, pendant un pareil nombre de jours, l'usage du sien.

Nous verrons, 1° à quelle espèce de contrat ce contrat doit se rapporter; 2° quelles choses constituent son essence; 3° nous traiterons du temps pour lequel chacune des parties accorde l'usage de sa chose à l'autre; 4° des obligations que ce contrat renferme, et des actions qui en naissent; 5° des droits que chacune des parties a par rapport à la chose dont elle a accordé la jouissance à l'autre, et par rapport à celle dont la jouissance lui a été accordée; 6° des manières dont se résout ce contrat; 7° de l'espèce de tacite reconduction qui a lieu, lorsque les parties continuent de jouir réciproquement après l'expiration du temps pour lequel elles s'étaient accordé la jouissance.

§ I. A QUELLE ESPÈCE DE CONTRAT CE CONTRAT DOIT-IL SE RAPPORTER?

459. Ce contrat n'est pas un contrat de société; car, comme nous le verrons dans notre Traité du contrat de société, il est de l'essence de ce contrat, que chacune des parties mette ou s'oblige de mettre en commun quelque chose, ou l'usage de quelque chose, et qu'elles se proposent de faire un profit en commun. Mais dans l'espèce de contrat qui intervient entre ces deux laboureurs, chacune des parties ne met ni ne s'oblige de mettre en commun aucune chose, ni l'usage d'aucune chose; chacune des parties ne se fait accorder l'usage de la chose de l'autre, qu'afin de s'en servir pour ses affaires particulières, et non pour aucune affaire commune; les parties ne se proposent point de faire aucun profit en commun.

Ce contrat n'est pas non plus un contrat de *prêt à usage;* car le contrat de prêt à usage est du nombre des contrats bienfaisans; et il est de son essence que l'usage, que l'une des parties accorde de sa chose à l'autre, lui soit accordé gratuitement. Au contraire, ce contrat est du nombre des contrats commutatifs; chacune des parties entend recevoir autant qu'elle donne; l'usage de sa chose, que chacune des parties accorde à l'autre, n'est pas accordé gratuitement; chacune des parties n'accorde l'usage de sa chose à l'autre qu'à la charge que l'autre lui accorde réciproquement l'usage de la sienne.

460. Ce contrat, quoique ressemblant beaucoup plus au contrat de louage qu'à ceux dont nous venons de parler, n'est pas non plus un vrai contrat de louage; car il est de l'essence du contrat de louage qu'il y ait un loyer qui consiste en une ou plusieurs sommes d'argent que celui des contractans, à qui l'autre accorde l'usage ou la jouissance d'une certaine chose, s'oblige de lui payer comme le prix de cette jouissance. Cela ne se trouve pas dans ce contrat; aucune des parties ne s'oblige de payer à l'autre aucune somme d'argent pour le loyer de l'usage de la chose qu'il lui accorde; c'est l'usage de la sienne qu'il lui accorde réciproquement, qui tient lieu de ce loyer.

D'ailleurs, dans le contrat de louage, on distingue entre les choses qui en sont l'objet, laquelle est la chose louée, et laquelle est le loyer. La chose louée est celle dont l'une des parties accorde l'usage ou la jouissance à l'autre; le loyer est la somme d'argent que l'autre partie s'oblige de payer. On distingue aussi entre les

contractans lequel est le locateur, lequel est le conducteur; au contraire, dans ce contrat, on ne peut distinguer entre les choses qui en font l'objet, laquelle est la chose louée, et laquelle est le loyer. Chacune des choses dont chacun des contractans s'oblige réciproquement d'accorder l'usage à l'autre, est tout à la fois et la chose louée, et le loyer de l'autre. Pareillement, on ne peut distinguer entre les contractans lequel est le locateur, et lequel est le conducteur; chacun est tout à la fois, en quelque façon, et le locateur de la chose dont il accorde l'usage à l'autre, et le conducteur de celle dont l'autre réciproquement lui accorde l'usage.

Suivant les principes du droit romain, il y avait une autre grande différence, en ce que ce contrat, de même que les autres contrats innommés, ne devenait contrat que lorsque la convention avait été mise à exécution de la part de l'une des parties, comme nous l'avons vu en notre Traité du contrat de vente, *n.* 621, au sujet du contrat d'échange. Mais ces principes n'ont pas été reçus dans notre droit; et ce contrat, de même que le contrat de louage proprement dit, reçoit sa perfection par le seul consentement des parties.

461. Si ce contrat n'est pas le véritable contrat de louage, à cause des différences ci-dessus observées, au moins il est très ressemblant au contrat de louage, il se régit par les mêmes principes, il produit les mêmes obligations. Les actions, qui en naissent, sont appelées *actio utilis ex locato*, et *actio utilis ex conducto*, parce qu'elles naissent d'obligations semblables à celles du véritable contrat de louage. C'est pourquoi on peut dire qu'il renferme un double contrat de louage improprement dit, par lequel chacun des contractans loue à l'autre sa chose, pour avoir l'usage de la chose de l'autre, lequel usage lui tient lieu du loyer de la sienne.

Sa ressemblance avec le contrat de louage paraîtra de plus en plus par le détail de comparaison dans lequel nous entrerons par la suite.

§ II. DES CHOSES QUI SONT DE L'ESSENCE DE CE CONTRAT.

462. Nous avons vu que trois choses étaient de l'essence du véritable contrat de louage : une chose dont l'une des parties s'oblige d'accorder la jouissance ou l'usage à l'autre; un loyer convenu, que l'autre s'oblige de payer pour le prix de cet usage ou jouissance, et enfin le consentement des parties. Pareillement, trois choses sont de l'essence du contrat dont nous traitons : une chose dont je m'oblige de vous accorder la jouissance ou l'usage; une autre chose dont vous vous obligez réciproquement de m'accorder la jouissance ou l'usage, pour me tenir lieu du loyer de la mienne, comme l'usage ou la jouissance que je vous accorde de la mienne, vous tient lieu du loyer de la vôtre; et enfin le consentement des parties. C'est pourquoi si les parties ont fait ce contrat dans l'ignorance que l'une des deux choses qui en doivent faire la matière, et dont l'une des parties accordait l'usage à l'autre, n'existait plus, le contrat est nul, et ne produit, ni de part ni d'autre, aucune obligation.

463. Toutes les choses, tant mobilières qu'immobilières, qui sont susceptibles du contrat de louage, le sont aussi de ce contrat. Je puis vous donner pour un certain temps la jouissance d'une certaine maison, pour la jouissance que vous me donnerez de votre côté, pendant ledit temps ou pendant un temps différent, d'une autre chose, *putà*, d'une autre maison, d'une certaine métairie, d'un pré, d'un troupeau, ou de quelque autre chose. Par exemple, je puis donner à bail à un tapissier une maison ou un magasin pour un certain temps, à la charge que, pendant ce temps ou pendant un temps différent, il me fournira de meubles pour garnir la maison que j'occupe.

Vice versâ, les choses, qui ne sont pas susceptibles du contrat de louage; ne le sont pas de ce contrat; et si l'une des deux choses, qui en doivent faire la matière, n'est pas susceptible du contrat de louage, le contrat est nul. Par exemple, si Pierre est convenu avec Paul de prêter à Paul deux muids de blé jusqu'à la récolte, à la charge que Paul, de son côté, accorderait à Pierre, pendant certain temps l'usage de son cheval, le contrat est nul et usuraire, parce que le blé est une chose qui se consomme par l'usage, et qui n'est pas susceptible du contrat de louage.

Pareillement, si, dans l'ignorance où nous étions qu'une chose, qui était par-devers vous, m'appartenait en pleine propriété, nous sommes convenus que vous m'en accorderiez l'usage, à la charge que je vous accorderais réciproquement l'usage d'une autre chose, le contrat est nul, et ne produit, ni de part ni d'autre, aucune obligation, *quùm rei suæ conductio esse non possit*.

Tout ce que nous avons dit dans notre Traité du contrat de louage, *part.* 1, *chap.* 2, *art.* 2, sur les choses qui sont susceptibles ou non du contrat de louage, reçoit application au contrat dont nous traitons.

464. Ce contrat étant une espèce de double contrat de louage; de même qu'il est de l'essence du contrat de louage qu'il y ait un loyer, il est de même de l'essence de ce contrat qu'il y ait quelque chose qui tienne lieu de loyer : c'est pourquoi il faut que l'intention de chacune des parties, en accordant à l'autre l'usage d'une

certaine chose, soit de lui accorder cet usage pour lui tenir lieu du loyer de celle dont l'autre partie lui accorde réciproquement l'usage. Il faut que l'usage de chacune des choses soit à peu près l'équivalent, et soit donné comme l'équivalent de l'usage de l'autre.

Si les parties n'ont pas eu cette intention; si chacune d'elles s'est portée à accorder l'usage de la chose à l'autre, pour lui faire plaisir, plutôt que pour avoir l'usage de la sienne, ce n'est plus, en ce cas, le contrat dont nous traitons, qui est une espèce de double contrat de louage et un contrat commutatif, mais c'est un prêt à usage que chacune des parties se fait, lequel prêt à usage est de la classe des contrats de bienfaisance.

Nous avons observé quelque chose de semblable à l'égard du contrat d'échange, en notre Traité du contrat de vente, *n.* 618.

465. Enfin, à l'égard du consentement qui est de l'essence de ce contrat, presque tout ce que nous avons dit à cet égard sur celui qui doit intervenir dans le contrat de louage, *chap.* 11, *sect.* 3, *art.* 12, peut recevoir ici application.

§ III. DU TEMPS POUR LEQUEL, PAR CE CONTRAT, CHACUNE DES PARTIES ACCORDE L'USAGE DE SA CHOSE A L'AUTRE.

466. Chacune des parties, par ce contrat, accorde à l'autre l'usage de sa chose pour un temps. Il n'est pas absolument nécessaire que ce soit pour le même temps : car si la jouissance annuelle de la mienne est de valeur du double de celle de la jouissance annuelle de la vôtre, pour que la jouissance, que vous m'accordez, soit un prix équivalent de la jouissance de la mienne que je vous accorde sans aucune soulte, il faut que vous me l'accordiez pour le double du temps pour lequel je vous accorde la jouissance de la mienne.

467. Lorsque le contrat exprime le temps pour lequel je vous ai accordé l'usage ou la jouissance de ma chose, sans exprimer celui pour lequel vous m'accordez l'usage ou la jouissance de la vôtre, vous êtes censé me l'avoir accordé pour le même temps.

Néanmoins si la chose, dont vous m'avez accordé la jouissance, était une terre dont les fruits ne se recueillent que dans un certain temps de l'année, vous êtes censé m'en avoir accordé la jouissance au moins d'une année, quoique le temps exprimé au contrat, pour lequel je vous ai accordé la jouissance ou l'usage de la mienne, soit un temps moindre. Par exemple, si, vers la fin de novembre, un laboureur donne à un roulier l'usage d'un de ses chevaux jusqu'au mois de mars, pour s'en servir à faire des voitures sur le chemin de Paris, et que, pour tenir lieu à ce laboureur du loyer de son cheval, le roulier lui donne la jouissance d'un certain quartier de vigne, il sera censé avoir accordé la jouissance d'une année de ce quartier de vigne.

468. Lorsqu'on n'a exprimé par le contrat, ni d'une part ni de l'autre, le temps pour lequel chacune des deux parties accordait à l'autre l'usage de sa chose; si l'une de ces choses est de celles à l'égard desquelles il est d'usage de sous-entendre un certain temps, lorsqu'on les baille à loyer ou à ferme sans expression du temps; comme lorsque l'une de ces choses est une métairie dont les terres sont distribuées en trois saisons, et dont en conséquence le bail ou la ferme est censée faite pour trois ans, lorsque le temps n'est pas exprimé; en ce cas, l'usage que chacune des parties s'est réciproquement accordé par ce contrat sans aucune expression de temps, est censé accordé de part et d'autre pour ledit temps de trois ans.

469. Lorsque les choses ne sont ni l'une ni l'autre de celles pour le louage desquelles l'usage ait déterminé un certain temps, quand il n'est pas exprimé; en ce cas, lorsqu'il n'y a aucun temps exprimé par le contrat dont nous traitons, les parties sont censées ne s'en être accordé réciproquement l'usage que jusqu'à ce qu'il plaise à l'une d'elles de redemander sa chose.

Elle ne peut, néanmoins, la redemander que *tempore congruo*. Par exemple, si je vous avais accordé l'usage d'un métier à broder pour l'usage d'une autre chose, et que vous eussiez commencé un ouvrage sur ce métier; je ne serais pas recevable à demander que vous me rendissiez incontinent ce métier, quoique j'offrisse de vous rendre la chose dont vous m'avez, de votre côté, accordé l'usage; je serais obligé d'attendre le temps qui vous est nécessaire pour achever cet ouvrage.

§ IV. DES OBLIGATIONS QUE RENFERME CE CONTRAT, ET DES ACTIONS QUI EN NAISSENT.

470. Ce contrat étant une espèce de double contrat de louage, dans lequel chacune des parties est tout à la fois et le locateur de la chose dont il accorde l'usage à l'autre, et le conducteur de celle dont on lui accorde l'usage, chacun des contractans contracte, par rapport à la chose dont il s'oblige d'accorder l'usage à l'autre, toutes les mêmes obligations que contracte un locateur par le contrat de louage; et il contracte comme temps, par rapport à la chose dont l'usage lui est accordé, les mêmes obligations que contracte un conducteur par le contrat de louage.

Chacun des contractans, comme locateur de la chose dont il s'est obligé de donner à l'autre l'usage ou la jouissance, est donc obligé, 1°. de délivrer à l'autre la chose dont il s'est obligé de

lui accorder l'usage ou la jouissance; 2° de n'apporter aucun trouble à cette jouissance, et de le garantir de ceux qui pourraient y être apportés par d'autres; 3° d'entretenir la chose de telle manière que l'autre contractant en puisse jouir; 4° de le garantir qu'elle n'a point certains défauts qui l'empêcheraient d'en jouir; 5° de le garantir des charges réelles dont on ne l'a pas chargé par le contrat. L'autre partie a pour tout cela contre lui l'action *utilis ex conducto*. Tout ce que nous avons dit dans la seconde partie du contrat de louage, *chap.* 1, sur ces obligations et sur l'action qui en naît, reçoit ici une entière application.

Ce n'est pas seulement en sa qualité de locateur que chacun des contractans est obligé à tout ce que nous venons de dire par rapport à la chose dont il s'engage d'accorder à l'autre l'usage ou la jouissance. Comme cette jouissance tient lieu du loyer de celle dont la jouissance lui est réciproquement accordée par l'autre contractant, il est tenu, non seulement en sa qualité de locateur de sa chose, mais encore en sa qualité de conducteur de celle dont la jouissance lui est accordée, à faire jouir de la sienne l'autre partie, et à tout ce que nous venons de dire; il en est tenu *duplici jure et utrâque actione, tàm ex locato quàm ex conducto*.

471. Outre cela, chacun des contractans, en sa qualité de conducteur de la chose dont on lui a accordé l'usage ou la jouissance, est encore tenu de toutes les obligations dont un conducteur est tenu par rapport à la chose qui lui est louée; savoir, d'en jouir en bon père de famille, et de ne la faire servir qu'aux usages pour lesquels elle lui a été accordée; d'apporter à sa conservation le soin convenable, et de la rendre en bon état. Tout ce que nous avons dit à cet égard en notre Traité du contrat de louage, *part.* 3, *chap.* 2, *art.* 4, sur les obligations du conducteur, peut s'appliquer à ce contrat.

472. Enfin, par ce contrat, chacune des parties contracte les mêmes obligations que la bonne foi impose au locateur et au conducteur dans le contrat de louage, *part.* 2, *chap.* 2; *part.* 3, *chap.* 2, *art.* 1.

473. Celui qui, par ce contrat, a la jouissance d'une maison ou d'un bien de campagne, est tenu, par rapport à cette chose, des mêmes charges dont sont tenus les locataires des maisons, et les fermiers des biens de campagne, suivant ce qui en a été dit *part.* 3, *chap.* 2, *art.* 3.

474. Dans tous les contrats synallagmatiques, l'une des parties ne devant pas être reçue à demander à l'autre l'exécution de son engagement, si elle n'est prête d'accomplir le sien; je ne dois, dans l'espèce de ce contrat, être reçu à vous demander la chose dont vous vous êtes obligé de m'accorder l'usage ou la jouissance, qu'aux offres de vous faire jouir de la mienne. Par exemple, si nous sommes convenus que je vous donnerai pendant un certain temps la jouissance de ma cave, et que vous me donnerez celle de votre grenier; si en conséquence je vous fais sommation de me donner la clef de votre grenier, et de m'en laisser la libre jouissance, je dois, par la sommation que je vous ferai, vous offrir la clef de ma cave, et vous en laisser la libre jouissance. Cela souffre exception dans le cas auquel, par la loi du contrat, vous devriez entrer en jouissance de ma chose plus tard que moi de la vôtre.

475. Lorsque l'usage que nous nous sommes réciproquement accordé, est tel que nous ne pouvons pas avoir cet usage en même temps, mais seulement tour à tour; comme lorsque n'ayant chacun qu'un cheval, nous nous sommes accordé réciproquement l'usage du nôtre, afin de nous en servir tour à tour pendant un ou plusieurs jours pour labourer; s'il est porté par la convention que c'est moi qui dois jouir le premier, je puis vous demander votre cheval pour m'en servir pendant le nombre de jours convenus, aux offres que je ferai de vous donner, après ce temps, l'usage du mien pendant un égal nombre de jours.

Si je ne demandais pas l'exécution de la convention, vous qui avez intérêt qu'elle soit exécutée, vous pourriez m'offrir l'usage de votre cheval, et me mettre en demeure de m'en servir; et après l'expiration du temps que je devais en avoir le premier l'usage, à compter du jour que vous m'avez mis en demeure, vous pouvez exiger de moi que je vous donne l'usage du mien.

476. Si, dans cette espèce de convention, il n'était pas dit lequel de nous deux aurait l'usage du premier, je crois que cela se devrait décider par le sort, et qu'en conséquence chacune des parties peut assigner l'autre devant le juge pour donner assignation aux parties à certain jour et heure, au greffe ou devant un notaire, afin d'être entre les parties tiré au sort laquelle des deux jouira la première, et en être dressé procès-verbal; auquel sort il sera procédé même en cas d'absence de l'une des parties qui serait défaillante.

Ce n'est pas une chose inusitée dans la pratique du droit, que certaines affaires se terminent par le sort : chacun de ceux entre qui des biens sont à partager, peut, après que les lots des biens qui sont à partager ont été faits, obliger ses copartageans à les tirer avec lui au sort.

477. Dans le contrat dont nous traitons, la jouissance ou l'usage de la chose que je m'oblige de vous donner, tenant lieu du loyer de celle

dont vous vous obligez de me donner l'usage; si, par une force majeure, vous cessez de pouvoir me faire jouir de la vôtre, je cesse dès lors de vous devoir l'usage ou la jouissance de la mienne. Par exemple, si vous m'avez accordé pour trois ans l'usage de votre magasin, parce que je vous avais accordé pour pareil temps l'usage d'un métier à faire des bas, et qu'au bout d'un certain temps votre magasin soit incendié par le feu du ciel, je cesse dès lors de vous devoir l'usage de mon métier, et je puis vous le redemander. La raison est que ce contrat étant, comme nous l'avons dit *suprà*, une espèce de double contrat de louage, il renferme les mêmes obligations, et il se régit par les mêmes principes que le véritable contrat de louage. Or c'est un principe à l'égard du contrat de louage, que le locataire, qui ne peut faire jouir le conducteur de la chose qu'il lui a louée, quoique ce soit par une force majeure et sans sa faute, n'en peut exiger le loyer, et est obligé de lui en faire remise, comme nous l'avons vu en notre Traité du contrat de louage, *n.* 139 et 140. Donc dans notre espèce, dès que vous ne pouvez plus me faire jouir de votre magasin, vous ne pouvez plus prétendre la jouissance de mon métier, qui tenait lieu du loyer que je vous devais pour ce magasin.

Si, lorsque je vous redemande mon métier, il se trouvait un ouvrage monté sur ce métier, l'équité veut que je vous le laisse pendant le temps nécessaire pour finir l'ouvrage, et je ne dois pas être reçu, en ce cas, à en exiger plus tôt la restitution. Tout ce que je puis, en ce cas, exiger à la rigueur, c'est que vous en payiez pendant ledit temps le loyer, suivant ce qu'il est d'usage de payer dans le lieu par chacun jour pour l'usage de ces métiers.

Pareillement, si c'était une maison dont vous m'aviez accordé la jouissance pour celle de mon magasin, quoique je n'aie plus droit de jouir de votre maison depuis que j'ai cessé de vous faire jouir de mon magasin, néanmoins l'humanité veut que vous ne soyez pas reçu à me déloger avant le prochain terme, à la charge par moi de vous payer le loyer pour le temps qui sera écoulé depuis que vous avez cessé de jouir de mon magasin.

478. Mais si vous m'aviez donné la jouissance d'une maison pour la jouissance d'une autre que je vous aurais donnée; si votre maison vient à être brûlée par le feu du ciel, me trouvant sans maison, il me paraît que je dois être reçu, quoiqu'en sur-terme, à vous déloger de la mienne, dont vous n'avez plus droit de jouir, puisque vous ne me faites plus jouir de la vôtre.

Ce cas-ci est différent de celui d'un véritable bail à loyer. Lorsque je vous ai donné ma maison à loyer, s'il arrive que, pendant le cours du bail, le feu du ciel ait incendié la maison que j'occupe, quoique je me trouve sans maison, je ne puis vous déloger en sur-terme. La raison de différence est que, dans ce cas-ci, l'incendie n'a pas détruit l'obligation que j'ai contractée envers vous de vous en faire jouir. Si la loi *Æde* me permet néanmoins, en ce cas, de vous en déloger pour la venir occuper, ce n'est que par une raison de faveur tirée du besoin que j'en ai, et je ne puis user de cette faveur qu'avec ménagement envers vous, qui avez pardevers vous le droit étroit; c'est pourquoi je ne puis pas vous déloger en sur-terme. Mais dans le cas du contrat dont nous traitons, il en est bien autrement: l'incendie de la maison, dont vous m'aviez accordé l'usage ou la jouissance, fait de plein droit cesser l'obligation que j'ai contractée envers vous de vous faire jouir de la mienne; car je ne vous devais la jouissance de la mienne que pour vous tenir lieu du loyer de la vôtre: dès que, par l'incendie de la vôtre, vous cessez de pouvoir m'en faire jouir, je ne vous en dois plus le loyer, et par conséquent je ne vous dois plus la jouissance de la mienne. Si, dans le cas auquel je me trouverais logé ailleurs, je dois attendre le terme pour vous déloger, ce n'est que par une raison de faveur, parce que je puis vous accorder cela *sine meo damno*. Mais lorsque je me trouve moi-même sans maison, et que vous n'avez plus aucun droit de jouir de la mienne, je ne dois plus être tenu d'attendre le terme pour vous en déloger. Tout ce qu'on pourrait, en ce cas, vous accorder, c'est que si la maison était assez spacieuse, on pourrait vous y laisser un appartement jusqu'au prochain terme, dont vous paieriez le loyer.

479. Lorsque, pour la jouissance d'une maison, je vous ai donné la jouissance d'un bien de campagne; si, au bout de trois mois, cette maison est incendiée par le feu du ciel, je dois vous laisser la jouissance de ce bien de campagne jusqu'à la récolte: mais n'ayant eu la jouissance de votre maison que pendant le quart d'une année, vous n'aurez que le quart de cette récolte, les frais de semences, de labour et de récolte prélevés.

480. Lorsque la jouissance de ma chose étant d'un plus grand prix que celle de la vôtre, le temps réglé par le contrat, pendant lequel je devais jouir de la vôtre, est plus long que celui pendant lequel vous deviez jouir de la mienne; si, par une force majeure, je cesse de vous en faire jouir au bout d'un certain temps, vous ne devez pas répéter de moi incontinent la chose dont vous m'avez accordé la jouissance: vous devez me la laisser pendant un temps qui soit équivalent à la jouissance que vous avez eue de

la mienne. Par exemple, si notre convention était que j'aurais pendant six ans la jouissance de votre métier à faire des bas, pour trois années que vous auriez la jouissance de mon magasin, et qu'après avoir joui l'un et l'autre chacun une année, j'aie cessé par une force majeure de pouvoir vous faire jouir de mon magasin, je devrai encore jouir pendant un an de votre métier, parce que, par notre traité, trois ans de jouissance du magasin ayant été convenus pour l'équivalent de six ans de jouissance du métier, il me faut, suivant la même proportion, deux ans de jouissance de votre métier, pour avoir l'équivalent de l'année de jouissance que vous avez eue de mon magasin.

481. *Quid*, dans le cas inverse? Par le traité, je ne devais avoir que pendant trois ans la jouissance de votre métier, pour six ans de jouissance que je vous accordais de mon magasin. Après avoir joui chacun pendant un an, j'ai cessé par une force majeure de pouvoir vous faire jouir du magasin : dans cette espèce, êtes-vous fondé à répéter de moi le prix d'une partie de la jouissance que j'ai eue de votre métier? Pour la négative, on dira que je n'ai pas joui indûment de votre métier, puisque vous m'avez accordé cette jouissance. Il est vrai que je m'étais obligé de mon côté de vous donner la jouissance de mon magasin : mais ce magasin ayant péri par une force majeure, j'ai été libéré de cette obligation, suivant ce principe de droit : Toutes les obligations d'un corps certain s'éteignent, lorsque la chose due périt par une force majeure, sans la faute du débiteur. Cet argument prouve trop; car s'il était vrai que la jouissance, que j'ai eue pendant un an de votre métier, m'eût été entièrement due, parce que vous me l'aviez accordée par le contrat, par la même raison, celle des deux autres années qui restent à courir du temps pour lequel vous me l'avez accordée par ce contrat, me serait pareillement due. Mais il est faux que même l'année de jouissance que j'ai eue me fût entièrement due; car vous ne me l'aviez accordée que pour me tenir lieu du loyer de la jouissance que vous comptiez avoir de mon magasin; en me laissant jouir pendant un an de votre métier, vous m'avez payé d'avance le loyer de deux années de mon magasin. N'ayant pu vous en faire jouir que pendant un an, il ne m'était dû pour le loyer de cette année qu'une jouissance de six mois de votre métier; en ayant joui un an, j'ai eu une jouissance de six mois qui ne m'était pas due, et que vous avez droit de répéter. Cela est conforme aux principes que nous avons établis sur le contrat de louage, *suprà*, *n*. 139 *et* 140, que le conducteur, qui est empêché de jouir, quoique par force majeure, ne doit pas le loyer pour le temps qu'il n'a pas joui.

Par la même raison, lorsqu'on est convenu que chacune des parties tour à tour donnerait à l'autre l'usage de son cheval; si, après m'être servi le premier de votre cheval, je n'ai pu vous donner l'usage du mien, qui est mort, vous pouvez exiger de moi le loyer du vôtre; car m'ayant accordé l'usage de votre cheval pour me tenir lieu du loyer du mien, dont vous comptiez avoir à votre tour l'usage; dès lors que je n'ai pu vous le donner, vous ne m'en deviez pas le loyer, et par conséquent l'usage que j'ai eu du vôtre ne m'était pas dû.

Il faut au reste bien examiner quelle a été l'intention des parties contractantes. Notre décision n'a lieu que lorsque leur intention a été de faire ensemble le contrat commutatif dont nous traitons. Il en serait autrement, si elles n'avaient eu d'autre intention que de se faire plaisir et de se faire un prêt réciproque.

§ V. DES DROITS QUE CHACUNE DES PARTIES CONTRACTANTES A PAR RAPPORT AUX CHOSES DONT ELLE A ACCORDÉ LA JOUISSANCE A L'AUTRE PARTIE, OU DONT LA JOUISSANCE LUI A ÉTÉ ACCORDÉE.

482. Quoique celui qui, par ce contrat, a accordé la jouissance d'une maison ou d'une métairie, pour la jouissance d'une autre chose qui lui a été réciproquement accordée, soit comme le locateur de cette maison ou de cette métairie; néanmoins comme il n'a ni loyers ni fermes à en recevoir, la jouissance de l'autre chose qu'il a à la place de celle qu'il a accordée lui en tenant lieu, il ne peut avoir les droits que les Coutumes n'accordent aux locateurs de maisons et de métairies que pour leurs loyers ou fermes : c'est pourquoi il ne doit pas avoir le droit, qu'ont les seigneurs d'hôtel, de faire garnir l'hôtel de meubles suffisans pour répondre d'un certain nombre de termes de loyer, ni le droit de les suivre lorsqu'ils sont déplacés, ni le droit d'exécuter sans titre exécutoire que la Coutume d'Orléans accorde pour trois termes de loyer ou de ferme. A l'égard du droit de préférence aux autres créanciers du fermier ou locataire sur les meubles qui se trouvent dans la maison ou dans la métairie, et sur les fruits qui y ont été recueillis, les locateurs d'hôtel ou de métairie ayant ce droit non seulement pour les fermes ou loyers, mais pour toutes les obligations qui résultent du bail, celui qui, par ce contrat, a donné la jouissance d'une maison ou d'une métairie, en étant comme le locateur, doit avoir le même droit de préférence pour les obligations qui en résultent, *putà*, pour les dommages et intérêts qui lui seraient dus pour les dégradations faites à sa métairie. Voyez *notre Traité*, *part*. 4, *ch*. 1, *art*. 2.

483. A l'égard de la chose dont la jouissance

a été accordée par ce contrat à chacun des contractans, chacun d'eux en étant comme le conducteur, le droit par rapport à cette chose est le même que celui d'un conducteur. Par exemple, si c'est une maison ou une métairie dont la jouissance m'a été accordée par ce contrat, mon droit, par rapport à cette maison ou métairie, est le même que celui d'un locataire ou fermier; il ne consiste pareillement que dans une créance et une action personnelle que j'ai contre l'autre contractant, pour qu'il m'en fasse jouir. Je n'ai aucun droit dans la chose, et je puis être expulsé par un tiers qui depuis l'aurait acquise à titre singulier, sans qu'on l'ait chargé de l'exécution du contrat, de même que le peut être un fermier ou locataire. Ce que nous avons dit à cet égard, *part.* 4, *sect.* 2, reçoit ici application.

§ VI. DES MANIÈRES DONT SE RÉSOUT CE CONTRAT.

484. Le contrat dont il s'agit ici, de même que le contrat de louage, se résout de plein droit pour l'avenir par l'expiration du temps pour lequel les parties se sont réciproquement accordé l'usage des choses qui en font l'objet.

Il se résout de plein droit, même avant l'expiration du temps, par l'extinction de la chose dont l'une des parties avait accordé la jouissance à l'autre, lorsque c'est pour le même temps, ou pour un temps plus court que la jouissance de l'autre chose lui avait été réciproquement accordée; car, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 477, dès que vous ne pouvez plus me faire jouir de la chose dont vous m'avez accordé la jouissance, je cesse d'être tenu de vous faire jouir de la mienne. Il faut décider la même chose, non seulement dans le cas où c'est par la destruction de votre chose, que vous ne pouvez m'en faire jouir, mais dans tous les cas où vous ne le pouvez, de quelque manière que ce soit.

485. De même que le locateur peut, en plusieurs cas, demander la résolution du bail à loyer, pareillement dans ce contrat l'une des parties peut, en certains cas, en demander la résolution pour l'avenir; *putà*, si vous ayant donné pour un certain temps la jouissance d'une maison pour la jouissance d'une autre chose que vous m'aviez réciproquement accordée, j'étais obligé, avant l'expiration du temps, de rebâtir cette maison pour en prévenir la ruine imminente; ou dans le cas auquel vous en mésuseriez, *putà*, si vous en faisiez un mauvais lieu; et même je puis, en ce cas, demander des dommages et intérêts.

486. Vous ayant donné la jouissance de ma maison pendant un certain temps pour la jouissance de la vôtre, ou de quelque autre chose que vous m'avez donnée réciproquement pour ledit temps, pourrais-je, avant l'expiration de ce temps, demander la résolution du contrat, pour venir occuper moi-même cette maison dont je suis le propriétaire? La question souffre difficulté. D'un côté on dira pour le propriétaire, que la même raison, pour laquelle la loi *Æde* permet au propriétaire, dans le cas d'un simple bail à loyer, de déloger son locataire avant l'expiration du bail, paraît se rencontrer pareillement dans le cas du contrat dont nous traitons. Cette raison est fondée sur le besoin qu'a de la maison le propriétaire pour l'occuper par lui-même; sur ce qu'on doit présumer qu'il n'eût pas voulu la louer, s'il eût prévu ce besoin; et qu'en conséquence on doit sous-entendre dans le bail à loyer qu'il en a fait, une condition par laquelle il s'est tacitement réservé la faculté de résoudre le bail en indemnisant le locataire, s'il venait à avoir besoin de sa maison pour l'occuper par lui-même. Or, dira-t-on, ces raisons paraissent se rencontrer pareillement dans le contrat dont nous traitons. D'un autre côté, on dira que, dans l'espèce du contrat dont nous traitons, lorsque je vous ai baillé la jouissance de ma maison pendant un certain temps, pour celle de la vôtre que vous m'avez baillée pendant ledit temps, j'ai contracté envers vous, comme nous l'avons observé *suprà*, *n.* 470, une double obligation de vous faire jouir de ma maison : j'y suis obligé en la qualité que j'ai de locateur de ma maison, et j'y suis encore obligé en l'autre qualité que j'ai de conducteur de la vôtre. La jouissance de ma maison étant le loyer que je vous dois pour la jouissance de la vôtre, je ne me trouve donc pas dans les termes de la loi *Æde*. Cette loi permet bien au propriétaire, qui a besoin de sa maison pour l'occuper lui-même, de résoudre son obligation qui résulte du louage qu'il en a fait; mais outre l'obligation dont je suis tenu envers vous, qui résulte du louage que je vous ai fait de ma maison, et que la loi *Æde* permet de résoudre, il y a encore une autre obligation, par laquelle je suis tenu de vous faire jouir de ma maison; c'est celle qui résulte du louage que vous m'avez fait de la vôtre, par laquelle, en qualité de conducteur ou locataire de votre maison, je suis tenu de vous laisser la jouissance de la mienne que je me suis obligé de vous donner pour le loyer de la vôtre. Si la loi *Æde* a permis au propriétaire qui a besoin de sa maison pour l'occuper, de résoudre l'obligation dont il est tenu en qualité de locateur, on ne peut pas dire de même qu'elle lui ait permis de résoudre celle-ci. Cette loi, qui est dans l'espèce d'un simple bail à loyer, n'a pas prévu le cas d'un double contrat de louage, ni par conséquent le cas de cette obligation. On dira peut-être que si la loi *Æde* n'a pas prévu le

cas de ce double contrat, elle y doit être étendue. Je réponds que cette extension ne doit pas être admise; 1° parce que la décision de la loi *Æde* est une décision qui n'est pas fondée sur la raison naturelle, et qui est purement arbitraire, et contraire aux principes généraux : c'est un *jus singulare*, et par conséquent non susceptible d'extension; 2° parce que les extensions d'un cas à un autre ne se font que par des argumens par lesquels on conclut *à majori ad minus*, ou du moins *à pari*. Un argument par lequel on conclut *à minori ad majus* n'est pas bon. Mais si de ce que la loi *Æde* permet au propriétaire qui veut occuper sa maison, d'en déloger le locataire, dans le cas du simple bail à loyer par lequel il a contracté une simple obligation de l'en faire jouir, on voulait en conclure qu'elle me le permet pareillement, dans le cas du double contrat de louage par lequel j'ai contracté envers vous, non pas seulement une simple, mais une double obligation de vous faire jouir de ma maison, il est évident que ce serait conclure *à minori ad majus*, ce qui est un mauvais argument.

§ VII. DE L'ESPÈCE DE TACITE RECONDUCTION QUI A LIEU LORSQUE LES PARTIES ONT CONTINUÉ DE JOUIR DES CHOSES APRÈS L'EXPIRATION DU TEMPS POUR LEQUEL ELLES S'EN ÉTAIENT, PAR CE CONTRAT, RÉCIPROQUEMENT ACCORDÉ LA JOUISSANCE.

487. De même que, dans le contrat de louage, lorsqu'après l'expiration du temps du bail, le conducteur, au vu et su du locateur, continue de jouir de la chose qui lui a été louée, on présume qu'il est tacitement intervenu entre les parties un nouveau contrat, qu'on appelle *tacite reconduction;* de même dans ce contrat-ci, lorsqu'après l'expiration du temps pour lequel les parties, par ce contrat, s'étaient accordé réciproquement l'usage de certaines choses, elles continuent de part et d'autre d'en jouir, on doit pareillement présumer une nouvelle convention tacitement intervenue entre elles, par laquelle elles se sont de nouveau réciproquement accordé l'usage desdites choses; et cette nouvelle convention présumée est une espèce de double reconduction tacite.

488. Pour quel temps doit être présumée faite cette double tacite reconduction? Lorsque l'une et l'autre des choses dont les parties se sont réciproquement accordé la jouissance, sont de celles pour le louage desquelles l'usage n'a déterminé aucun temps, tels que sont les meubles; la tacite reconduction n'est censée faite que pour autant de temps que les deux parties voudront qu'elle dure, par les raisons que nous avons apportées au Traité du contrat de louage, *n.* 371. C'est pourquoi chacune des parties peut, quand elle le voudra, faire cesser cette tacite reconduction, et répéter sa chose, en offrant de rendre celle dont elle jouit; sauf que lorsque ce sont des choses dont nous ne jouissons que tour à tour, je ne puis faire cesser la tacite reconduction que je ne vous aie laissé jouir de ma chose autant de temps que j'ai joui de la vôtre.

Lorsque l'une des choses, dont nous nous sommes par ce contrat réciproquement accordé la jouissance, est de celles pour le louage desquelles l'usage a déterminé un certain temps; comme si à Orléans j'ai loué pour six ans ma maison à un tapissier, à la charge que, pour me tenir lieu du loyer, il me fournirait de meubles pendant ledit temps pour meubler celle que j'occupe. Si, après l'expiration des six années, nous avons continué de jouir, lui de ma maison, et moi de ses meubles, on présume qu'il est intervenu entre nous une double tacite reconduction, dont le temps sera d'un an, non seulement pour la maison, mais même pour les meubles; car il est de la nature de la reconduction qu'elle soit censée faite pour le même loyer qui est porté au premier contrat : la jouissance des meubles de ce tapissier, qu'il m'avait accordée pendant le temps qu'il jouirait de ma maison, était ce qui me tenait lieu du loyer de ma maison par le premier contrat. Nous devons donc être censés tacitement convenus par la reconduction de ma maison pour le temps d'un an, qu'il me laisserait pendant ledit temps la jouissance de ses meubles, qui me tiendrait lieu du loyer de ma maison, comme la jouissance de ma maison lui tiendrait lieu du loyer de ses meubles. C'est pourquoi il ne peut pas, pendant l'année que doit durer cette reconduction, me demander que je lui rende ses meubles, en offrant de me rendre ma maison : comme je ne puis, de mon côté, en offrant de lui rendre ses meubles, ni le déloger avant l'expiration de l'année, ni même demander qu'il me paie en argent le loyer pour le restant de l'année; car ne s'étant obligé de me donner d'autre loyer que la jouissance de ses meubles, en me les laissant, il ne peut être obligé à autre chose.

Lorsque je vous ai donné pour un certain temps, *putà*, de neuf ans, la jouissance d'une métairie distribuée en trois saisons, pour la jouissance de quelque autre chose que vous m'avez réciproquement accordée pour le même temps; si, après l'expiration dudit temps, nous avons continué de part et d'autre de jouir, et qu'il y ait par conséquent une double tacite reconduction, le temps de la tacite reconduction des métairies distribuées en trois saisons, étant de trois ans, il faut, pour les raisons ci-dessus déduites, décider que la tacite reconduction aura lieu pour trois ans, tant à l'égard de la

métairie qu'à l'égard des choses dont la jouissance m'a été donnée pour me tenir lieu de la jouissance de la métairie.

489. Lorsqu'après l'expiration du temps pour lequel je vous avais, par ce contrat, accordé la jouissance de ma chose pour la jouissance d'une autre chose, je vous ai rendu celle dont vous m'avez accordé la jouissance, et que vous avez continué de jouir de la mienne, il est évident qu'il ne peut y avoir lieu, en ce cas, à la double tacite reconduction, puisque je n'ai pas continué de jouir : mais on doit, en ce cas, supposer un bail tacite que je vous ai fait de ma chose pour le prix qui sera réglé par experts, suivant les principes établis *n. 37, sur la fin;* et ce bail tacite sera, suivant la nature de la chose, censé fait, ou pour trois ans, si c'est une métairie distribuée en trois saisons, ou pour un autre temps; ou si c'est un meuble, pour autant de temps que je vous en laisserai jouir, et que vous en voudrez jouir.

490. Lorsque, par le contrat, vous m'avez accordé pour le temps de six ans la jouissance de votre maison, pour la jouissance de la mienne que je vous ai accordée pour le temps de trois ans, parce que la jouissance de la mienne était de valeur du double de celle de la vôtre; si, après l'expiration du temps de trois ans pour lequel je vous ai accordé la jouissance de ma maison, vous avez continué d'en jouir à mon vu et su, y a-t-il lieu à une double tacite reconduction de nos maisons? Non; car la tacite reconduction étant formée par la continuation de jouissance, après l'expiration du temps de celle d'un précédent bail, pour qu'il y ait double tacite reconduction de nos maisons respectives, il faut qu'il y ait double continuation de jouissance respective, il faut que chacun de nous ait continué de jouir de la maison après l'expiration du temps pour lequel la jouissance lui en avait été donnée; ce qui ne se trouve pas ici; car si vous avez continué de jouir de ma maison après l'expiration du temps pour lequel je vous en avais baillé la jouissance, on ne peut pas dire de même que j'ai continué de jouir de la vôtre après l'expiration du temps pour lequel vous m'en avez baillé la jouissance, puisque ce temps n'est pas encore fini.

Je conviens, qu'ayant joui de ma maison à mon vu et su depuis l'expiration du temps de trois ans, pour lequel je vous en avais baillé la jouissance, il y a lieu à une tacite reconduction de ma maison pour un an. Mais quel en sera le loyer? Sera-ce une somme d'argent, telle qu'elle sera réglée par experts? Sera-ce une jouissance de deux années de votre maison que j'aurais après l'expiration de trois années qui me restent encore à en jouir? J'ai trouvé les avis partagés sur cette question. Pour le second sentiment, on disait que les tacites reconductions sont présumées faites pour le même loyer et aux mêmes conditions que le premier contrat : or, ce qui me tenait lieu du loyer de ma maison par le premier contrat que nous avons fait ensemble, étant la jouissance de la vôtre pendant le double du temps que vous jouiriez de la mienne, on doit présumer que nous sommes pareillement convenus tacitement, par la tacite reconduction de ma maison, que, pour le loyer de l'année de cette tacite reconduction de ma maison, vous me bailleres, pendant deux ans, la jouissance de la vôtre. Ma réponse est : Je conviens de ce principe, que la tacite reconduction est présumée faite pour le même loyer et aux mêmes conditions, lorsque cela est possible : mais dans l'espèce présente, il ne me paraît pas possible que la tacite reconduction de ma maison puisse se faire aux mêmes conditions. La jouissance de votre maison, qui, par le premier contrat, me tenait lieu du loyer de la mienne, était une jouissance dont j'entrais en possession en même temps que vous entriez en jouissance de la mienne. Au contraire, vous ne pouvez me faire entrer en possession de la jouissance de votre maison, que vous me donneriez pour le loyer de la tacite reconduction de la mienne, qu'après l'expiration des trois années pendant lesquelles j'ai droit d'en jouir en vertu du premier contrat. Mais peut-on dire, en ce cas, que les conditions de la tacite reconduction seraient les mêmes que celles du premier contrat? la jouissance de votre maison, que vous m'avez donnée par le premier contrat, pour me tenir lieu du loyer de la mienne, était un loyer que je commençais de percevoir dès le commencement du contrat, et que je continuais de percevoir à mesure que vous jouissiez de ma maison; au lieu que le loyer de la tacite reconduction serait un loyer que je ne pourrais commencer de percevoir que plusieurs années après l'expiration du temps de cette reconduction. La tacite reconduction ne peut donc, en ce cas, se faire aux mêmes conditions : il est donc nécessaire d'en régler le loyer par estimation, comme dans les cas auxquels les parties ne se sont pas expliquées du prix.

ARTICLE II.

Seconde espèce de contrat.

491. C'est une espèce de contrat de la classe des contrats *do ut des,* lorsque l'un des contractans donne ou s'oblige de donner une chose à l'autre contractant, pour tenir lieu du loyer d'une autre chose que l'autre contractant s'oblige de son côté de lui donner pour un certain temps; comme lorsque nous convenons ensemble que

vous vous obligez de me donner un petit héritage, pour me tenir lieu du loyer de ma maison, dont je m'oblige de mon côté de vous faire jouir pendant six ans.

Ce contrat en renferme deux. 1° Il renferme un contrat par lequel vous me vendez, en quelque façon, votre héritage. Je dis *en quelque façon;* car ce contrat n'est pas proprement un contrat de vente, étant de l'essence du contrat de vente que le prix consiste dans une somme d'argent; au lieu que, par ce contrat, le prix ne consiste pas dans une somme d'argent, mais dans la jouissance de ma maison, dont je m'oblige de vous faire jouir pour vous tenir lieu de votre héritage. Mais quoique ce contrat ne soit pas proprement *contrat de vente,* il est fort ressemblant à ce contrat : vous me vendez, en quelque façon, votre héritage : vous contractez envers moi, par rapport à cet héritage, les mêmes obligations que contracte un vendeur. Il naît de ces actions l'action *utilis ex empto,* que j'ai contre vous pour que vous m'en fassiez la tradition, et pour que vous me le garantissiez. De mon côté, je vous achète, en quelque façon, votre héritage; la jouissance de ma maison, pendant le temps convenu, devant vous tenir lieu de prix, je suis obligé, *utili actione ex vendito,* à vous faire avoir cette jouissance.

2° Ce contrat renferme une espèce de contrat de louage ou bail à loyer, que je vous fais de ma maison pour le temps convenu. Ce n'est pas le véritable contrat de louage ou bail à loyer, étant de l'essence du contrat de louage ou bail à loyer que le loyer consiste en deniers; au lieu que, par ce contrat, c'est votre héritage qui me tient lieu du loyer de ma maison. Mais si ce contrat n'est pas le véritable contrat de louage ou de bail à loyer, il lui est très ressemblant. Je suis à votre égard comme le locateur de ma maison; je contracte envers vous les mêmes obligations que contracte un locateur ou bailleur : vous avez contre moi l'action *utilem ex conducto,* pour que je vous en fasse jouir, semblable à celle qu'a un locataire contre son bailleur; et cette action concourt avec l'action *utilis ex vendito,* que vous avez contre moi aux mêmes fins, comme il a été dit ci-dessus. De votre côté, vous êtes à mon égard, par rapport à ma maison, comme un locataire; vous contractez par ce contrat, par rapport à ma maison, les mêmes obligations que contracte un locataire, telles que celles d'en jouir en bon père de famille, de veiller à sa conservation : j'ai contre vous à cet égard l'action *utilem ex conducto,* aussi bien que pour vous obliger à me faire la tradition de votre héritage et à me le garantir, cet héritage devant par ce contrat me tenir lieu du loyer du mien : l'action *ex conducto,* que j'ai pour me le faire livrer ou garantir, concourt avec l'action *ex empto* que j'ai contre vous aux mêmes fins, comme il a été dit ci-dessus.

492. Ce contrat, suivant les principes du droit romain que nous avons rapportés *suprà, n.* 460, *in fin.,* était un contrat réel, qui ne devenait contrat que par l'exécution de la part de l'une des parties. Mais ces principes, comme nous l'avons observé à l'endroit cité, n'étant pas reçus dans notre droit français, ce contrat, dans notre droit français, est, de même que les contrats de vente et de louage, un contrat consensuel, qui reçoit son entière perfection par le seul consentement des parties, et produit dès lors toutes les obligations que nous venons d'expliquer.

Si, dans l'espèce de ce contrat, votre héritage que vous m'avez promis de me donner pour me tenir lieu des loyers de ma maison, est péri depuis le contrat, avant que vous m'en ayez mis en possession; *putà,* si, dans une inondation, il a été emporté par la rivière dont il était voisin, ou s'il a été englouti dans un tremblement de terre, sur qui tombera la perte? Serez-vous, nonobstant cela, fondé à jouir de ma maison pendant le temps convenu?

Le contrat, dont nous traitons, renfermant, comme nous l'avons dit, une espèce de contrat de vente que vous me faites de votre héritage, la question doit se décider suivant les principes du contrat de vente. Or, suivant ces principes que nous avons rapportés en notre Traité du contrat de vente, *part.* 4, aussitôt que le contrat est parfait par le consentement des parties, la chose vendue devient aux risques de l'acheteur; et si, par quelque force majeure, elle périt, quoique avant la tradition, l'acheteur en souffre la perte, et n'est pas pour cela déchargé du prix : donc, dans cette espèce, la perte de votre héritage qui est arrivée depuis le contrat, par force majeure, doit tomber sur moi, qui en suis comme l'acheteur; et je ne suis pas pour cela déchargé de l'obligation de vous donner, pendant le temps convenu, la jouissance du mien, cette jouissance en étant comme le prix.

Nec obstat que vous étiez débiteur envers moi de votre héritage, non seulement *quasi ex vendito,* mais *quasi ex conducto,* puisque cet héritage, par le contrat que nous avons fait ensemble, me tient lieu du loyer de ma maison dont je dois vous faire jouir; car le principe que le débiteur d'un corps certain est déchargé de son obligation par la perte de la chose qui arrive par force majeure, est un principe qui n'est pas particulier au contrat de vente, mais qui est général, et commun à toutes les obligations d'un corps certain, de quelque contrat et de quelque cause que ce soit qu'elles naissent.

Il est vrai quo, dans le véritable contrat de leuage ou do bail à loyer, le conducteur ou prenour no peut pas être libéré de sen obligation de cette manière. La raison est, qno, dans ce centrat, le loyer consiste dans une certaine somme d'argent ou dans une certaine quantité de fruits, et non dans un corps certain et déterminé. Or le principe, que l'obligation s'éteint par la perte de la chose duo, n'a lieu qu'à l'égard des obligations do corps certains, ot non à l'égard des obligations d'uno sommo d'argent, ou de quolque quantité, comme de vin, de blé, etc., ainsi que nons l'avons vu en notre *Traité des oblig.*, n. 262. Mais dans lo contrat dont il est ici question, c'est un corps certain, c'est votre béritage qui tient lieu du loyer que vous mo deves pour la jouissance do ma maisen; d'où il suit quo vons pouvez être libéré do ce loyer par la perte de votre béritago, arrivée depuis lo contrat par forco majeure. En cela, ce contrat diffère du véritablo contrat de louage ou bail à loyer.

On m'a opposé, contre cette décision, la loi *fin.* ff. *de conduct. caus. dat.*, où il est dit, quo si jo vous ai donné do l'argent *ut mihi Stichum dares*, l'esclavo étant mort, je puis répéter l'argent que jo vous ai donné. La réponse est, quo l'espéco do cette loi, comme l'ont observé les interprètes, est très différente do cello d'un centrat do vente, et par conséquont do celle do notre contrat, qui ost, par rapport à votre béritage, un contrat ressemblant au centrat de vente. Dans l'espèce do la loi opposée, jo ne vous avais donné mon argent que seus la condition quo vous me donneries *Stichum*: j'avais apposé cotte condition à l'aliénation quo j'avais faite de mon argent, et par conséquent cetto condition étant défaillie par la mort do *Stichus*, j'ai droit de répétor *Stichum*. Mais dans le contrat do vente, et dans ceux qui ressemblant au contrat do vente, il en doit êtro autrement, comme eu convient lo jurisconsulto lui-même en la lui opposée; los obligations quo les parties contractent par ces contrats, étant des obligations qui, quoiquo réciproques, sont pures et simples, et dunt l'une ne dépeodpoint do l'exécution de l'autre commo d'uno condition.

493. Passons à un autro cas. Ce n'ost pas vetre béritage, mais c'est ma maison dont je m'étais obligé do vous faire jouir pendant six ans, qui a été détruito par une forco majeuro peu après lo contrat. No pouvant plus veus en faire jouir, seres-vous débitour envors moi do votro béritago que vous doviez me donner pour lo loyer do ma maison? Cette question se décide par des principes différens do ceux par lesquels nous avons décidé la précédente. Le contrat, quo nous avons fait ensemblo, qni, par rapport à votre béritage, est uno espèce de contrat de vonte, est, par rapport à ma maisen dont je me suis obligé do vous faire jouir, une espèce do contrat do louage nu do bail à loyer. La qnostion deit donc so décider suivant les principes du contrat do louago ou de bail à loyer quo nous avons établis n. 139. Or, suivant ces principes, lo loyer n'est pas dû au locateur, lorsque le locataire a été empêché do jouir, quoique par force majeure; ot lo locataire, qui l'aurait payé, en aurait la répétition. Donc, dans notre espèce, non seulemont vous ne mo doves pas votre béritage, mais si vous mo l'aviez déjà donné, vous en devriez avoir la répétitiun : car cet béritage, suivant lo contrat que nous avons fait ensemble, devait me tonir lieu du loyer do ma maison; et n'ayant pas joui do ma maison, vous n'en doves pas lo loyer.

En cela, les principes du contrat do louage ou do bail à loyer sont différens do ceux du contrat de vente. Dans colui-ci, commo c'est la chose veuduo qui est l'objet du contrat, il suffit qu'ello ait existé lors du contrat, quoique par force majeure ello ait cessé depuis d'exister, mêmo avant la tradition, pour que lo contrat ait reçu toute sa perfectiun, et pour qu'il ait produit toutes les obligations qui en naissent, et par conséquent celle qui oblige l'acheteur à en payer lo prix. Mais dans le contrat do bail à loyer, ce n'est pas la chose, mais c'est une jouissanco successive do cette chose jusqu'à la fin du bail, qui fait l'objet du contrat : donc, lorsquo lo conducteur est, par uno furco majeure, empêché de jouir, la jouissance, dont on espérait la future existence, qui devait être l'objet du contrat, venant à ne pas existor, le contrat, comme destitué ou pour lo total ou pour partie de la chose qui en devait faire l'objet, est nul, ou pour le total, lorsque lo locataire a été privé do toute la jouissance, ou pour la partio do la jouissance dont il a été privé; et il ne peut par conséquent produirodans lolocataire l'obligation de payer le loyer do la jouissanco ou de la partie de jouissauco que lo locateur n'a pu lui procurer.

494. Si, dans l'espèce proposée, l'accident qui a détruit ma maison, ot qui m'a empêché de continuer à vous en faire jouir, n'est arrivé qu'au bout d'un certain temps, pendant lequel vous en avez joui, veus me devez lo loyor pour lo temps quo vous en aves joui; mais vous ne devez pas être reçu à m'offrir pour ce loyer une partie de votre héritage, parce que je n'eusse pas voulu l'acquérir pour partio : vous dovez, en ce cas, me payer en argent uno partio de sa valeur. Par exemple, si vous aves joui de ma maison pendant lo temps do six mois seulement, qui est la douzième partio de six années dont votre héritage dovrait être lo loyer, et quo votre béritogo soit do valeur do 1,200 livres, vous me devez

payer 100 livres pour le loyer de six mois de votre jouissance. Pareillement, je ne serais pas fondé à vouloir retenir la douzième partie de votre héritage pour le loyer de six mois de votre jouissance; je dois me contenter que vous m'en payiez le loyer en deniers; car vous n'eussiez pas voulu me le vendre pour partie.

ARTICLE III.

Troisième espèce.

495. C'est une espèce de contrat de la classe des contrats *facio ut facias*, par lequel chacun des contractans donne à l'autre un ouvrage à faire, et se charge réciproquement d'en faire un autre pour lui.

Par exemple, un maçon a entrepris la construction d'une maison, un charpentier a entrepris celle d'une autre maison : ils conviennent ensemble que le charpentier fera à la décharge du maçon toute la charpente de la maison dont le maçon a entrepris la construction, et que réciproquement le maçon fera à la décharge du charpentier toute la maçonnerie de la maison dont le charpentier a entrepris la construction.

Ce contrat diffère du véritable contrat de louage d'ouvrage, en ce que dans celui-ci le prix doit consister dans une somme de deniers; au lieu que, dans le contrat dont nous traitons, le prix de l'ouvrage que vous m'avez donné à vous faire ne consiste pas dans une somme de deniers, mais c'est un autre ouvrage que vous vous chargez de faire pour moi, qui tient lieu du prix qui m'est dû pour celui que vous m'avez donné à faire.

496. Il est de l'essence de ce contrat qu'il y ait deux ouvrages à faire qui en soient l'objet; l'un, que je vous donne à faire, et que vous vous chargez de faire; et l'autre, que vous me donnez réciproquement à faire, et que je me charge de faire.

Il faut que chacun desdits ouvrages, de même que dans le contrat de louage, *n.* 395 *et* 396, soit un ouvrage à *faire*, possible et licite. Il faut pareillement que chacun desdits ouvrages soit un ouvrage dont celui, qui le donne à faire, fournisse à l'autre la principale matière : comme dans l'espèce ci-dessus proposée, le maçon, qui a donné au charpentier à faire la charpente de la maison qu'il a entrepris de construire, lui fournira le terrain et les murs sur lesquels il doit travailler, *et vice versâ*.

Mais si un orfèvre avait convention avec un architecte, que l'architecte lui construirait un certain bâtiment, et que, pour tenir lieu du prix, l'orfèvre ferait à l'architecte certaine vaisselle d'argent, dont l'orfèvre fournira la matière; ce ne serait pas le contrat dont nous traitons, mais un autre contrat de la classe *facio ut des*, qui, par rapport au bâtiment qu'on a donné à construire à l'architecte, tient du contrat de louage d'ouvrage, mais qui, par rapport à la vaisselle que l'orfèvre s'oblige de faire et de donner, tient du contrat de vente; *suprà*, *n.* 394.

497. Le contrat, dont nous traitons, contient en quelque façon un double contrat de louage d'ouvrage; chacun des contractans est tout à la fois et le locateur de l'ouvrage qu'il donne à faire, et le conducteur de celui qu'il se charge de faire.

498. Chacun d'eux, en sa qualité de locateur de l'ouvrage qu'il a donné à faire, s'oblige par le contrat envers l'autre contractant, non à lui payer, comme dans le contrat de louage, aucune somme de deniers pour le prix de l'ouvrage, mais à faire l'ouvrage qu'il s'est chargé de faire, qui, par ce contrat, tient lieu du loyer de celui qu'il a donné à faire.

Si l'autre contractant avait fait des augmentations à l'ouvrage qu'il lui a donné à faire, il serait tenu, suivant les distinctions que nous avons faites, *n.* 407 *et* 408, à lui en payer le prix, tel qu'il serait réglé par des arbitres.

Chacun des contractans, en sa qualité de locateur de l'ouvrage qu'il a donné à faire, est tenu de faire ce qui dépend de lui pour mettre l'autre contractant en état de le faire : *suprà*, *n.* 410; et si l'ouvrage, que je vous ai donné par ce contrat à faire, était un ouvrage que j'avais moi-même entrepris pour une autre personne qui me l'avait donné à faire, et que cela dépendît de cette personne, je suis obligé de faire faire par cette personne ce qui dépend d'elle pour vous mettre en état de faire l'ouvrage que je vous ai sous-baillé; et faute par elle de le faire, je suis tenu envers vous de vos dommages intérêts, sauf mon recours contre cette personne.

499. Chacun des contractans, en même temps qu'il est le locateur de l'ouvrage qu'il a donné à faire, étant aussi le conducteur de celui qu'il s'est chargé de faire, contracte par rapport à cet ouvrage les mêmes obligations que contracte un conducteur d'ouvrage par le contrat de louage d'ouvrage. Tout ce que nous avons dit à cet égard, *part.* 7, *chap.* 2, *sect.* 2, reçoit, par rapport à lui, une entière application.

500. Chacun des ouvrages qui font l'objet de ce contrat est, même avant qu'il soit fini, aux risques de celui qui l'a donné à faire, suivant les distinctions que nous avons faites *ibidem*, *chap.* 3, par rapport au contrat de louage.

Sur les manières dont ce contrat peut se résoudre, *voyez* ce que nous avons dit *ibidem*, *chap.* 4, à l'égard du contrat de louage d'ouvrage.

FIN DU TRAITÉ DU CONTRAT DE LOUAGE.

TRAITÉ

DU

CONTRAT DE SOCIÉTÉ.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

1. Le contrat de Société est un contrat, par lequel deux ou plusieurs personnes mettent ou s'obligent de mettre en commun quelque chose, pour faire en commun un profit honnête, dont ils s'obligent réciproquement de se rendre compte.

Nous traiterons, dans un premier chapitre, de la nature du Contrat de Société. Nous rapporterons, dans le second, les différentes espèces de sociétés; dans la troisième, les différentes clauses des Contrats de Société. Nous verrons, dans le quatrième, quelles sont les formes que notre droit requiert dans le Contrat de Société. Nous traiterons, dans le cinquième, du droit qu'a chacun des associés par rapport aux biens de la société; dans le sixième, comment chacun d'eux est tenu des dettes. Nous traiterons, dans le septième, des obligations qui naissent du Contrat de Société. Nous verrons, dans le huitième, comment la société se dissout; dans le neuvième, nous traiterons du partage de la société.

CHAPITRE PREMIER.

De la nature du contrat de société.

Nous verrons, 1° en quoi la société diffère de la communauté; 2° à quelles classes de contrats on doit rapporter le contrat de société; 3° ce qui est de son essence; 4° ce que l'équité requiert dans ce contrat. 5° Nous traiterons des contrats de société simulés.

§ I. EN QUOI LA SOCIÉTÉ DIFFÈRE DE LA COMMUNAUTÉ.

2. La société et la communauté ne sont pas la même chose. La société est le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun. Lorsqu'en exécution de ce contrat, elles ont effectivement mis en commun ce qu'elles étaient convenues d'y mettre, c'est une communauté qui se forme entre elles. Cette espèce de communauté s'appelle aussi *société*, parce qu'elle est formée en exécution d'un contrat de société.

Il y a aussi une communauté qui se forme entre plusieurs personnes, sans qu'il soit intervenu entre elles aucune convention, ni par conséquent aucun contrat de société; comme, lorsqu'une succession est échue à plusieurs héritiers, ou qu'un legs a été fait conjointement à plusieurs légataires; il y une communauté de succession entre ces héritiers; il y a entre ces légataires une communauté des choses qui ont été léguées, mais il n'y a pas entre eux de *société*. Cette communauté n'est pas un contrat, mais c'est un *quasi-contrat*, qui forme entre les personnes entre lesquelles les choses sont communes, des obligations semblables à celles qui naissent du contrat de société. Nous parlerons de ce *quasi-contrat* dans un appendice, à la fin de ce traité.

3. C'est en cela seulement que consiste la différence de la société et de la communauté.

C'est une erreur grossière de dire avec l'auteur des Conférences de Paris, *tome* 2, *page* 15, que la société diffère de la communauté en ce que, « dans la société, le capital que chacun des « associés y met n'est pas commun, et qu'il n'y « a proprement que le gain qui soit commun. »

Cela est faux. Si des associés ne mettent quelquefois en société que la jouissance de certaines choses, dont ils demeurent chacun séparément propriétaires, ils mettent aussi quelquefois en société les choses mêmes qu'ils y apportent, et les rendent communes entre eux, aussi bien pour la propriété que pour la jouissance.

Pour établir ce paradoxe, l'auteur des Conférences cite ailleurs ces termes de la loi 13, § 1, ff. *de præscr. verb. Nemo societatem contrahendo rei suæ dominus esse desinit.* Cet auteur n'a pas entendu l'espèce de ce paragraphe. Le propriétaire d'un certain terrain vous l'avait aliéné en entier, à la charge qu'après que vous l'auriez bâti, vous lui rétrocéderiez une partie de ce terrain bâti : Julien demande quelle espèce de contrat renferme cette convention. Il dit que ce n'est pas un contrat de société, parce que le propriétaire vous avait aliéné en entier ce terrain, et que *nemo societatem contrahendo rei suæ dominus esse desinit;* c'est-à-dire, que celui, qui met une chose en société, ne cesse pas entièrement d'en être propriétaire, mais seulement pour une part qu'il transfère à son associé en la rendant commune; et il ajoute à la fin, que ce serait un contrat de société, si le terrain ne vous eût été aliéné que pour partie.

§ II. A QUELLE CLASSE DE CONTRAT DOIT-ON RAPPORTER LE CONTRAT DE SOCIÉTÉ.

4. Le contrat de société est un contrat du droit naturel, qui se forme et se gouverne par les seules règles du droit naturel.

Si les Ordonnances ont prescrit quelques formalités pour ce contrat, elles n'ont été prescrites que pour servir à la preuve de ce contrat, et elles n'appartiennent pas à sa substance. Quoiqu'elles n'aient pas été observées, le contrat est parfait entre les parties contractantes, et il forme entre elles les obligations qui en naissent : ce n'est que vis-à-vis des tiers que ces formalités sont requises.

5. Ce contrat, de même que ceux de vente et de louage, est un contrat consensuel, qui se forme par le seul consentement des parties contractantes, et qui a toute sa perfection aussitôt qu'elles sont convenues d'apporter de part et d'autre quelque chose en commun, quoiqu'elles n'aient pas encore fourni leur rapport.

6. Ce contrat est synallagmatique : chacune des parties, par ce contrat, s'oblige réciproquement envers les autres.

7. Enfin, ce contrat est du nombre des contrats commutatifs; chacune des parties contractantes entend recevoir autant qu'elle donne.

§ III. DE CE QUI EST DE L'ESSENCE DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ.

8. Il est de l'essence du contrat de société, 1° que chacune des parties apporte ou s'oblige d'apporter quelque chose à la société; ou de l'argent, ou d'autres effets, ou son travail et son industrie.

C'est pourquoi si un marchand, par amitié pour sa nièce, a eu convention avec elle de lui donner une certaine part chacun an, pendant un certain nombre d'années, dans le gain qu'il ferait chaque année, sans que, pour cela, sa nièce fournît rien à son commerce, ni argent, ni marchandises, ni travail, cette convention n'est pas un contrat de société, parce que cette nièce n'apporte ni ne promet d'apporter aucune chose à la société : cette convention est une pure donation que ce marchand voulait faire à sa nièce d'une part dans les gains qu'il espérait faire dans son commerce. Cette convention n'est pas valable, à moins qu'elle n'ait été faite par le contrat de mariage de sa nièce; parce que, suivant notre droit français, les donations de biens à venir ne sont pas valables, si ce n'est par contrat de mariage.

9. Il n'est pas, néanmoins, nécessaire que ce que chacune des parties contractantes apporte ou promet d'apporter à la société, soit quelque chose de même nature. Si l'une y apporte ou promet d'y apporter de l'argent ou des marchandises, il n'est pas nécessaire que l'autre en apporte pareillement, et il suffit qu'elle y apporte son travail et son industrie : *Societatem uno pecuniam conferente, alio operam, posse contrahi magis obtinuit; l.* 1, *Cod. pro soc.*

10. Mais il faut que ce que chacun des associés apporte à la société, soit quelque chose d'appréciable. C'est pourquoi si des associés pour l'établissement d'une manufacture avaient eu convention, avec un homme puissant, de lui donner une certaine part, pendant un certain nombre d'années, dans le profit qu'ils espéraient y faire, à la charge qu'il les aiderait de son crédit pour les affaires de cette manufacture, cette convention ne serait pas un contrat de société; car le secours du crédit de cet homme puissant, qu'il promet apporter à la société, n'est pas quelque chose d'appréciable. Cette convention est nulle, comme contraire à l'honnêteté publique et aux bonnes mœurs, qui ne permettent pas aux personnes puissantes d'accorder leur crédit pour de l'argent.

11. 2° Il est de l'essence de ce contrat que la société soit contractée pour l'intérêt commun

des parties. Lorsque, dans une convention, on n'a envisagé que l'intérêt particulier de l'une des parties, ce n'est pas un contrat de société, mais un contrat de mandat, sujet à révocation. C'est pourquoi, dans l'espèce de la loi 52, ff. *pro soc.*, où ayant eu convention avec mon voisin qu'il achèterait un héritage qui était à vendre dans notre voisinage, dont il me céderait une certaine partie contiguë à mon héritage et qu'il en retiendrait le surplus, ayant ensuite fait moi-même l'acquisition de cet héritage, on demande si le voisin est fondé à former contre moi l'action *pro socio*, pour que je lui fasse part de cette acquisition. Julien répond que cela dépend de l'intention que nous avons eue en faisant cette convention. Si notre intention était de faire cette acquisition pour en faire chacun notre profit, la convention est un contrat de société, qui donne au voisin cette action. Mais si notre intention était seulement qu'il fît cette acquisition pour me faire plaisir, la convention n'est qu'un *mandat*, qui n'ayant pas été par lui exécuté, ne lui donne aucune action.

12. 3° Il est de l'essence du contrat de société que les parties se proposent, par le contrat, de faire un gain ou profit, dans lequel chacune des parties contractantes puisse espérer d'avoir part, à raison de ce qu'elle a apporté à la société.

C'est pourquoi si, par le contrat d'une prétendue société, il était convenu que le profit appartiendrait en entier à l'une des parties contractantes, sans que l'autre y pût prétendre de part en aucun cas, une telle convention ne serait pas un contrat de société, et elle serait nulle, comme manifestement injuste. Les jurisconsultes romains ont donné à cette espèce de convention le nom de *société léonine*, par allusion à la fable du Lion qui ayant fait une convention de société avec d'autres animaux pour aller à la chasse, s'empara seul de toute la proie. *Cassius respondit societatem talem coiri non posse; ut alter lucrum, alter damnum sentiret, hanc societatem leoninam solitum appellare; et nos consentimus... Iniquum enim genus societatis est, ex quâ quis damnum, non etiam lucrum spectet; l.* 29, § 2, ff. *pro soc.*

13. Il n'est pas néanmoins nécessaire, pour la validité du contrat de société, que chacune des parties contractantes doive avoir, en quelque cas que ce soit, une part dans le profit de la société; il suffit qu'elle puisse espérer d'y avoir part; et on peut faire dépendre de la quantité à laquelle montera le profit de la société, comme d'une condition, la part que l'un des associés y aura. C'est ce qui se rencontre dans l'espèce de la loi 44, ff. *pro soc. Si margarita tibi vendenda dedero, ut si ea decem condidisses, redderes mihi decem : si pluris, quod excedit tu haberes, mihi videtur, si animo societatis contrahendæ id actum sit, PRO SOCIO esse actionem.* Dans cette espèce, le vendeur, avec qui j'ai contracté société pour la vente de mes pierres précieuses, et à laquelle société il apporte ses peines et son industrie pour les faire vendre, ne doit avoir part dans le profit de la vente des pierres précieuses, qui fait l'objet de la société, que dans un cas, qui est celui auquel elles seront vendues plus de 10,000 liv.; et cette part est réglée à ce qu'elles seront vendues au-delà de 10,000 liv. Si elles ne sont vendues que 10,000 liv., il n'aura aucune part dans le prix, et il aura perdu les peines qu'il a prises pour les vendre. On peut donc, dans un contrat de société, ne pas accorder à l'un des associés dans tous les cas, mais seulement en certain cas, une part dans le profit qui reviendra de la société, et faire dépendre cette part, comme dans cette espèce, de la quantité à laquelle montera le profit.

Observez que, pour l'équité de cette convention, il faut que le prix des peines que le revendeur apporte à la société, et qu'il court risque de perdre, si les pierreries ne sont pas vendues plus de 10,000 liv., équipolle au prix de l'espérance de la somme qu'elles pourront être vendues de plus.

Observez aussi que, pour que la convention, par laquelle je suis convenu de laisser à la personne que j'ai chargée de vendre mes pierreries, ce qu'elles seraient vendues de plus que la somme de 10,000 liv., renferme un contrat de société, il faut que cette personne soit un revendeur, ou un joaillier, à qui je laisse cette part du prix, en considération de son industrie, et des soins qu'il doit apporter pour procurer une vente avantageuse de mes pierreries. Mais si cette personne n'est ni revendeur ni joaillier, et que ce soit pour la gratifier que je lui ai promis cette part dans le prix de mes pierreries, que je pouvais vendre par moi-même aussi avantageusement qu'elle; en ce cas, la convention renferme une donation, et non un contrat de société, parce que cette personne ne doit pas recevoir cette part dans le prix de la vente, à raison des peines et de l'industrie qu'elle apporte à l'affaire de cette vente, mais par gratification. C'est pourquoi le jurisconsulte, en la loi ci-dessus citée, laisse à examiner quel a été l'esprit des parties dans cette convention, *si animo societatis contrahendæ id actum sit.*

14. 4° Enfin, pour qu'un contrat de société soit valable, il faut que l'affaire, qui fait l'objet de la société, et pour laquelle les parties contractantes s'associent, soit quelque chose de licite, et que le profit, qu'elles se proposent d'en retirer, soit un profit honnête. C'est pourquoi la

convention, par laquelle des personnes s'associeraient ensemble pour faire un commerce de contrebande, est nulle, aussi bien que celle par laquelle des personnes s'associeraient pour exercer l'usure, ou pour tenir un mauvais lieu, ou pour voler; *Nec enim ulla societas maleficiorum; l.* 1, § 14, *de tut. et rat. distr. Nec societas aut mandatum flagitiosæ rei ullas vires habet; l.* 35, § 2, ff. *de contr. empt.*

§ IV. DE CE QUE L'ÉQUITÉ REQUIERT DANS LE CONTRAT DE SOCIÉTÉ.

PREMIÈRE RÈGLE.

Pour que le contrat de société soit équitable, il faut ordinairement que la part, qui est, par le contrat de société, assignée à chacun des associés, dans le profit qu'ils se proposent de faire, soit en même proportion que la valeur de ce que chacun d'eux a apporté à la société.

15. Par exemple, si deux associés ont contribué également au fonds de la société, ils doivent avoir chacun une part égale dans le profit. Mais si l'un d'eux y a apporté le double de ce que l'autre y a apporté, il doit avoir une double part dans le profit; c'est-à-dire qu'il en doit avoir les deux tiers, et l'autre seulement le tiers.

Il faut donc, pour régler les parts que chacun doit avoir dans le profit de la société, estimer ce que chacun y a apporté. Si, par une fausse estimation qu'on aurait donnée à ce que chacun des associés a apporté à la société, on a assigné à l'un des associés une part moindre que celle qu'il devait avoir, et à l'autre une part plus forte, c'est une iniquité dans le contrat de société. Par exemple, si j'ai contracté avec vous une société dans laquelle ce que nous avons apporté chacun était de valeur de 5,000 liv., et que néanmoins, par une fausse estimation qui a été donnée à ce que nous avons apporté, ce que j'ai apporté n'eût été estimé que 4,000 liv., quoiqu'il fût de la valeur de 5,000, et qu'au contraire ce que vous avez apporté ait été estimé 6,000 liv., quoiqu'il n'en valût que 5 : si en conséquence on vous a assigné les trois cinquièmes dans le fonds et dans le profit de la société, et à moi seulement les deux cinquièmes, c'est une iniquité dans le contrat de société. Si vous en avez eu connaissance, ou lors du contrat, ou depuis, vous êtes obligé, dans le for de la conscience, à me restituer ce que j'ai eu de moins que la moitié que j'aurais dû avoir dans le partage du fonds et des profits de la société, si on eût fait une estimation juste.

Dans le for extérieur, les parties ne sont pas écoutées à se plaindre, en pareil cas, de l'iniquité du contrat, suivant les principes établis en notre *Traité des obligations*, n. 34.

16. Lorsqu'un marchand contracte une société avec un artisan, à laquelle l'artisan n'apporte que son travail, que je suppose valoir cent écus, et que le marchand apporte une somme de mille écus, soit en argent comptant, soit en marchandises, à la charge de la prélever au partage de la société, qui doit durer un an, il ne faut pas, en ce cas, pour supputer ce que chacun a apporté à la société, et fixer en conséquence les parts que chacun de ces associés devra avoir dans les profits, dire que l'artisan a apporté une somme de cent écus, à laquelle est estimé son travail, et le marchand mille écus : et qu'en conséquence le marchand doit avoir pour sa part dix onzièmes, et l'artisan un onzième seulement : car ce n'est pas la somme de mille écus que le marchand apporte à la société; il n'en apporte que l'usage pendant l'année que doit durer la société, puisqu'il la doit prélever. Il ne faut donc compter pour ce que le marchand est censé avoir apporté à la société, que la valeur de l'usage de cette somme, que Puffendorf croit devoir être évaluée à l'intérêt ordinaire de l'argent. Suivant ce principe, le marchand, dans l'espèce proposée, sera censé avoir apporté seulement à la société la somme de 150 liv., et ne devra avoir par conséquent que le tiers dans le profit de la société.

Il en sera autrement, si le marchand ne s'était pas réservé de prélever cette somme. Ayant, en ce cas, apporté à la société cette somme, et non pas seulement l'usage de cette somme, il n'est pas douteux qu'il devrait, dans l'espèce proposée, avoir les dix onzièmes, tant dans les fonds que dans les profits de la société, et l'artisan seulement un onzième.

17. Le principe, que nous avons établi, qu'il y a iniquité dans le contrat de société, lorsque la part que chacun des associés doit avoir dans les profits de la société n'est pas proportionnée à ce qu'ils y ont apporté, reçoit deux exceptions.

La première est, lorsque l'un des associés ayant, dès le temps du contrat, connaissance que son associé apporte moins que lui à la société, veut bien, pour le gratifier, l'admettre à partager avec lui par égales portions. En ce cas, on ne peut pas dire qu'il y ait iniquité dans le contrat : car *volenti non fit injuria* : mais le contrat n'est pas, en ce cas, purement et entièrement un contrat de société, il est mêlé de donation. Au reste, il n'en est pas moins valable. Il est vrai que si le contrat n'était fait uniquement que pour gratifier l'une des parties contractantes qui n'aurait rien apporté, ce ne serait pas un contrat de société; et c'est en ce sens qu'Ulpien dit : *Donationis causâ societas non rectè contrahitur; l.* 5, § 2, ff. *pro soc.*

Mais quoiqu'on ait gratifié en quelque chose par le contrat l'une des parties, le contrat ne laisse pas d'être un vrai contrat de société, et d'être valable, pourvu que l'associé, à qui je fais l'avantage, ne soit pas une personne à qui les lois me défendent de donner; de même qu'un contrat de vente, qui ne serait pas un vrai contrat de vente, s'il n'y avait aucun prix sérieux, ne laisse pas d'être un vrai contrat de vente, quoique le vendeur, pour gratifier l'acheteur, ait vendu pour un prix au-dessous du juste prix, pourvu que cet acheteur ne soit pas une personne à qui il ne fût pas permis de donner; *l.* 38, *ff. de contr. empt.*

18. La deuxième exception est, qu'on peut par le contrat assigner à l'un des associés une part dans les profits plus grande que celle qu'il contribue à la société, sans que le contrat renferme pour cela aucune iniquité, ni même aucune gratification, lorsque cet associé compense cet avantage par quelque autre égal qu'il fait réciproquement de son côté à l'autre associé.

On peut apporter pour exemple l'espèce suivante. Deux tonneliers contractent ensemble une société pour fabriquer et débiter des tonneaux; chacun d'eux fournit à cette société son travail, et la moitié des fonds dont elle doit être composée. L'un d'eux se fiant sur son habileté à se connaître aux bois, après l'examen qu'il a fait de ceux qu'ils doivent employer, se charge seul, par le contrat de société, de la garantie du vice de fût, à laquelle les tonneliers sont sujets envers ceux qui leur achètent des tonneaux; et ils sont convenus qu'en conséquence de ce qu'il s'est chargé seul de cette garantie, et de ce qu'il s'est obligé d'en indemniser la société, il aura les trois quarts dans le gain, s'il y en a; et que néanmoins, en cas de perte, il n'en supportera que sa moitié. Cette convention est valable; car ce qui lui est assigné dans le gain de plus que la moitié, est la récompense de l'avantage qu'il fait à son associé de le décharger du risque de cette garantie, à laquelle il aurait dû être sujet pour moitié; c'est le prix de la moitié de ce risque dont il le décharge.

On peut imaginer une infinité d'autres exemples.

DEUXIÈME RÈGLE.

Régulièrement chacun des associés doit supporter, dans la perte que fera la société, la même part qu'il doit avoir dans le gain, au cas que la société prospère.

19. Cette règle souffre exception dans le cas auquel l'un des associés, à qui on n'a assigné une part dans le gain qu'à raison de ce qu'il a contribué à la société en argent ou en marchandises, y a de plus apporté son travail et son industrie. On peut, en ce cas, équitablement convenir qu'il supportera une moindre part dans la perte, ou même qu'il ne supportera rien du tout de la perte, pourvu que le prix de son travail et de son industrie soit égal au risque de la perte dont on le décharge : *Ita coiri societatem posse, ut nullius partem damni alter sentiat, lucrum verò commune sit, Cassius scribit; quod ità demùm valebit, si tanti sit opera quanti damnum est : l.* 29, § 1, *ff. pro soc.*

20. En général, toutes les fois que l'un des associés apporte en son particulier quelque avantage à la société, on peut, pour l'en récompenser, convenir qu'il sera déchargé pour partie, ou même pour le total, de la perte que ferait la société. Par exemple, si, dans un commerce de tonneaux, l'un des associés s'est chargé seul de la garantie du vice de fût, et s'est obligé d'en indemniser la société, on peut, pour le récompenser de cet avantage qu'il fait à la société, convenir que, quoiqu'il soit associé pour moitié, et qu'il doive prendre moitié dans le gain, s'il y en a, néanmoins, en cas de perte, il en supportera une moindre part, *putà*, le tiers ou le quart seulement. Cette convention est équitable, si le prix du risque de la perte, pour la part dont on le décharge, est égal au prix du risque de la garantie pour la part dont il en a déchargé son associé.

21. Ce que nous venons de dire, qu'on peut, sans blesser l'équité, convenir que l'un des associés supportera une moindre part, ou même ne supportera aucune part dans les pertes, ne doit pas s'entendre en ce sens, que cet associé aura part au profit de chacune des affaires qui auront été avantageuses à la société, sans porter rien de la perte que la société a soufferte dans celles qui lui ont été désavantageuses, ce qui serait manifestement injuste : mais cela s'entend en ce sens, qu'après la dissolution de la société, on fera un état de tous les gains que la société a faits, et un état de toutes les pertes qu'elle a faites dans toutes les différentes affaires qu'elle a entreprises; et que si le total des gains excède le total des pertes, cet associé prendra sa part de l'excédant; et que si, au contraire, le total des pertes excède celui des gains, cet associé n'aura ni profit ni perte : *Neque enim lucrum intelligitur, nisi omni damno deducto; neque damnum, nisi omni lucro deducto; l.* 30, *ff. pro soc.*

§ V. DES CONTRATS DE SOCIÉTÉ SIMULÉS.

22. Lorsqu'il paraît qu'un contrat de société est simulé, et qu'il n'a été fait que pour déguiser un prêt d'argent usuraire, il n'est pas douteux que le contrat doit être déclaré nul, et que

tout ce qui a été reçu par le prétendu associé, pour lui tenir lieu de sa part dans le profit de la prétendue société, doit être imputé sur la somme principale qu'il a mise dans la prétendue société, et que la somme qu'il a reçue, diminue de plein droit celle qui lui doit être rendue.

Ceci doit servir à décider la question sur la légitimité d'une fameuse convention imaginée par les casuistes, qui renferme trois contrats.

1° Un contrat de société que je contracte avec un négociant, qui ayant déjà un fonds de commerce, *putà*, de 30,000 liv., m'associe pour un quart à son commerce, à raison d'une somme de 10,000 liv. que j'apporte à la société.

2° Un contrat d'assurance, par lequel ce même négociant m'assure mon capital de 10,000 liv. que je mets dans la société, qu'il s'oblige de me rendre à la fin du temps que doit durer la société, à la charge que de mon côté je lui cède une certaine portion dans les profits que j'ai lieu d'espérer pour ma part dans la société : par exemple, si j'ai lieu d'espérer que ma part dans la société produira par chacun an un profit de douze pour cent environ, plus ou moins, je lui en abandonne la moitié.

Enfin, un troisième contrat, par lequel je vends à ce même marchand mon capital dans la société ainsi assuré, et tous les gains que j'en ai à espérer, moyennant le prix d'une somme de 10,000 liv., qu'il s'oblige de me payer à la fin du temps que doit durer la société, avec 500 liv. d'intérêts par chacun an jusqu'au paiement. *Diana*, après avoir imaginé cette convention, se propose la question, si cette convention est licite. Il décide pour l'affirmative. Sa raison est, que ces trois contrats, considérés séparément, étant des contrats licites, ils ne doivent pas moins l'être, quoique réunis ensemble par une même convention. Il n'est pas nécessaire, pour réfuter cette décision de *Diana*, d'accumuler toutes les autorités que rapporte l'auteur des *Conférences de Paris*. Il ne faut pas être bien clairvoyant pour s'apercevoir que cette convention, dans la vérité, ne contient autre chose qu'un prêt à intérêt que j'ai fait à ce marchand d'une somme de 10,000 l., qui doit, dans le for extérieur aussi bien que dans le for de la conscience, être déclaré usuraire; et en conséquence les intérêts doivent être imputés sur le principal. Il est très visible que les trois prétendus contrats, que cette convention renferme, ne sont que des contrats simulés pour déguiser le prêt à intérêt qu'elle renferme, et que, dans la vérité, je n'ai jamais eu intention de contracter une société avec ce marchand, mais seulement de retirer de lui un intérêt de la somme que je lui prêtais : et quand même, par une fausse direction d'intention, je me persuaderais à moi-même que j'ai eu effectivement intention de faire avec ce négociant successivement ces trois contrats, ce serait une illusion que me ferait ma cupidité, pour me déguiser à moi-même le vice d'usure du prêt à intérêt auquel s'analyse toute cette convention.

En général, toutes les fois qu'un particulier fait un prétendu contrat de société avec un marchand qui l'associe à son commerce pour une certaine somme d'argent qu'il apporte à ce marchand, lequel s'oblige de la lui rendre à la fin de la société, sans que ce particulier supporte aucune part dans la perte, si la société ne réussit pas; et à la charge qu'il aura une certaine part dans le gain, quelque modique que soit cette part dans le gain, en conséquence de ce qu'il ne porte rien de la perte, et soit que cette part soit assurée à une certaine somme par chacun an, soit qu'elle ne le soit pas, un tel contrat doit passer pour un contrat de société simulé, qui n'a été fait que pour déguiser un prêt usuraire que ce particulier voulait faire au marchand de la somme d'argent qu'il lui a remise. Le marchand, qui, par ce prétendu contrat de société, ne se décharge, pour aucune partie, du risque des pertes qui peuvent survenir dans son commerce, n'a pas intention de faire un contrat de société : il n'a d'autre intention que d'emprunter la somme que ce particulier lui remet; et la part qu'il lui donne dans les gains de la société, est pour tenir lieu à ce particulier des intérêts qu'il exige pour ce prêt. Ce particulier n'a pareillement d'autre intention que de retirer un profit illicite du prêt qu'il lui fait de cette somme d'argent qui n'en doit pas produire, en déguisant ce prêt en contrat de société.

23. Il faudrait décider autrement dans le cas auquel un marchand, qui a un bon commerce, dont le fonds est de 40,000 liv., ferait un contrat de société avec un particulier qui apporterait aussi 40,000 liv. en argent, avec la clause que ce particulier aurait les trois quarts dans le gain, au lieu de la moitié qu'il devrait seulement avoir; mais qu'il se chargerait en conséquence de toute la perte. Ce contrat est un véritable contrat de société. La clause, par laquelle ce marchand se décharge du risque de la perte sur son associé, n'a rien d'inique, pourvu que l'espérance du gain se trouvant pour le moins en raison double du risque de la perte, le prix de l'espérance du quart dans le gain qu'il lui cède, équipolle au prix du risque de sa moitié de la perte dont il le charge. Le fonds de commerce, que ce marchand a mis dans la société, étant quelque chose de frugifère, il a pu retenir une part dans le gain, quoique l'autre associé lui assure ce fonds, et l'affranchisse du risque de la perte.

24. Si le particulier, qui a fait avec un marchand un contrat de société, à laquelle il a apporté une certaine somme d'argent, pour avoir part tant dans les fonds que dans le gain ou la perte de la société, à raison de cette somme, fait dans un temps non suspect, au bout de plusieurs années, une convention avec ce marchand, par laquelle il vend son droit dans la société à ce marchand pour le prix de la même somme qu'il a apportée en la société, que ce marchand s'oblige de lui rendre à la fin du temps que doit durer la société, avec un certain intérêt par chacun an, cette convention, qui n'eût pas été valable si elle eût été faite dans le temps du contrat, et qui eût passé alors pour un prêt à intérêt déguisé en un faux contrat de société, est-elle valable, ayant été faite au bout de plusieurs années? Je pense qu'elle est valable, soit dans le for de la conscience, soit dans le for extérieur. Elle est valable dans le for de la conscience, pourvu que cette convention soit une nouvelle convention, et que le contrat de société n'ait pas été fait avec un pacte secret que le marchand achèterait du particulier sa part dans la société : elle est pareillement valable dans le for extérieur, parce que le long temps, qui s'est écoulé entre le contrat de société et cette convention, empêche qu'on ne puisse soupçonner ce contrat de société de n'avoir pas été un véritable contrat de société, et d'avoir été fait avec ce pacte secret. Or y ayant eu un vrai contrat de société entre les parties, ce particulier ayant, par ce contrat de société, acquis une part dans le fonds du commerce qui fait le fonds de la société, et ce fonds de commerce étant quelque chose de frugifère, ce particulier a pu vendre à son associé sa part dans ce fonds de commerce, et retirer des intérêts du prix pour lequel il l'a vendu.

25. On doit décider de même à l'égard d'un contrat d'assurance par lequel ce particulier, au bout de quelques années, se ferait assurer la somme qu'il a apportée à la société par le marchand son associé, qui se chargerait à sa décharge de toute la perte qui pourrait survenir dans la société, en cas de mauvaise réussite, moyennant une part que ce particulier céderait au marchand dans sa part du gain qu'il avait lieu d'espérer. Ce contrat, de même que le précédent, est très légitime, pourvu que le prix de l'espérance du gain, que le particulier cède au marchand, soit égal au prix du risque de la perte dont il le charge.

Néanmoins, l'auteur des Conférences, *tom.* 2, *page* 70, prétend qu'un associé ne peut faire licitement ce contrat d'assurance avec son associé, quoiqu'il convienne, *page* 71, qu'il peut le faire avec un tiers. Il en donne une fort mauvaise raison, qui est que ce contrat d'assurance détruit, selon lui, le contrat de société, ce qui est faux; car nous avons vu *suprà*, *n.* 19, qu'un contrat de société pouvait être valable, quoique l'un des associés ne dût supporter aucune part de la perte (ce qui est bien assurer ce qu'il y a apporté), pourvu qu'il ait donné à ses associés, qui se sont chargés du risque de la perte qu'il en devait porter, quelque chose d'équivalent au prix de ce risque.

26. L'auteur des Conférences, dans le même endroit où il condamne le contrat d'assurance par lequel l'un des associés se ferait assurer son apport à la société par l'autre associé, condamne aussi une autre convention par laquelle l'un des associés, sans se faire assurer son apport à la société, et en demeurant sujet à la perte pour sa part, en cas de mauvaise réussite de la société, vendrait sa part dans l'espérance du gain, pour une certaine somme. Je ne vois rien de condamnable dans cette convention. L'espérance du gain d'une société est quelque chose d'appréciable, comme l'est un coup de filet; et je puis la vendre par conséquent, soit à mon associé, soit à un tiers, de même qu'on peut vendre un coup de filet. Les raisons de l'auteur des Conférences sont, que, selon lui, le contrat de vente, que je fais à mon associé du gain incertain que j'espère avoir de la société, *est contraire à l'égalité qui se doit trouver dans les sociétés.* Il aurait dû dire, *dans les contrats*; car il ne s'agit pas ici d'un contrat de société. Le contrat, dont il est question, quoiqu'il intervienne entre des associés, n'est pas le contrat de société; c'est un contrat de vente que je fais à mon associé comme je pourrais le faire à tout autre, de ma part dans l'espérance du gain de la société. Au reste, je conviens que l'égalité doit se trouver dans ce contrat : mais elle s'y trouve; car la part que j'ai dans l'espérance incertaine du gain de la société étant quelque chose d'appréciable, il suffit, pour que l'égalité se trouve dans ce contrat, que ce qu'on me donne par ce contrat pour le prix de l'espérance que je vends, soit le juste prix de cette espérance.

L'auteur des Conférences ajoute : *Ce contrat de vente assure un profit certain à un associé : or entre associés il ne doit y avoir aucun profit certain; tout y doit être incertain, tant le capital que les profits.* Si l'auteur entend par là que la part de l'espérance incertaine des profits ne puisse être appréciée et cédée pour le prix d'une somme certaine, c'est supposer précisément ce qui est en question; ce qui est une pétition de principe, et un mauvais raisonnement.

27. Si le particulier, qui a apporté à un marchand une somme d'argent pour être avec lui en société de son commerce, avait fait ces contrats

de vente et d'assurance de sa part, peu après le contrat de société, il y aurait lieu de présumer qu'ils ne seraient que l'exécution d'un pacte secret apposé au contrat de société; et en conséquence, dans le for extérieur, ces contrats, aussi bien que le contrat de société, devraient être déclarés nuls et simulés, comme n'étant faits que pour déguiser un prêt usuraire de la somme d'argent apportée au marchand par le particulier.

CHAPITRE II.

Des différentes espèces de sociétés.

Les sociétés sont, ou universelles, ou particulières.

SECTION PREMIÈRE.

DES SOCIÉTÉS UNIVERSELLES.

28. Le droit romain distingue deux espèces de sociétés universelles; celle qui s'appelle *universorum bonorum*, et celle qui s'appelle *universorum quæ ex quæstu veniunt*. Dans notre droit français, outre ces deux espèces de sociétés, la communauté conjugale, qui se contracte entre conjoints par mariage, et celle qui se continue entre le survivant desdits conjoints et des héritiers du prédécédé, sont des espèces de sociétés universelles, différentes des autres, et qui se gouvernent par des principes qui leur sont particuliers : elles méritent d'être traitées avec beaucoup d'étendue. Nous n'en traiterons pas ici, nous réservant d'en traiter au long dans notre Traité du Contrat de Mariage, ainsi que des conventions qui ont coutume de l'accompagner.

ARTICLE PREMIER.

De la société *universorum bonorum*.

§ I. CE QUE C'EST : QUAND EST-ELLE CENSÉE CONTRACTÉE, ET ENTRE QUELLES PERSONNES PEUT-ELLE SE CONTRACTER?

29. La société *universorum bonorum* est celle par laquelle les parties contractantes conviennent de mettre en commun tous leurs biens présens et à venir.

Les parties, qui ont contracté société ensemble, ne sont pas censées avoir voulu contracter cette espèce de société, si elles ne s'en sont formellement expliquées; *l.* 7, ff. *pro soc.*

30. Cette société peut être contractée entre des personnes, quoique l'une soit beaucoup plus riche que l'autre : *Hæc societas coiri potest etiam inter eos qui non sunt æquis facultatibus.*

La raison, qu'en apporte Ulpien, est que l'industrie de celui qui est pauvre peut équipoller à ce que le riche a de plus, *quum plerumquè pauperior operâ suppleat quantùm ei per comparationem patrimonii deest; dict. l.* 5, § 1.

Quand même cette raison ne se rencontrerait pas, et que celui des associés, qui a le moins de biens, serait aussi celui qui aurait le moins d'industrie, cette société n'en serait pas moins valable. Cette inégalité fait seulement qu'en ce cas le contrat de société serait mêlé de donation, le plus riche ayant voulu gratifier le pauvre. Mais quoiqu'un contrat de société soit mêlé de donation, la société n'en est pas moins valablement contractée, comme nous l'avons vu *suprà, n.* 17.

§ II. COMMENT SE COMMUNIQUENT LES BIENS DES ASSOCIÉS.

31. Il est particulier à cette espèce de société que tous les biens qu'avait, lors du contrat, chacun des associés, deviennent, dès l'instant du contrat, communs entre eux, chacun d'eux étant censé s'en être fait réciproquement une tradition feinte, et s'en être constitué possesseur au nom de la société : *In societate omnium bonorum omnes res quæ coeuntium sunt, continuò communicantur; quia licèt specialiter traditio non interveniat, tacitè tamen creditur intervenire; l.* 1, § 1; *l.* 2, ff. *pro soc.*; ce qui néanmoins, suivant le droit romain, n'avait pas lieu à l'égard de leurs dettes actives, lesquelles, par leur nature, ne sont pas susceptibles de tradition, et ne peuvent passer d'une personne à l'autre que par une cession d'action : mais au besoin chacun des associés est tenu de faire cette cession. C'est pourquoi Paul ajoute : *Ea verò quæ in nominibus erunt, manent in suo statu, sed actionem invicem præstare debent; l.* 3. Dans notre droit français, où nous sommes plus faciles à suppléer et sous-entendre ces cessions d'actions, je pense que les dettes actives des associés qui contractent ensemble une société

de tous leurs biens, tombent, de même que leurs autres biens, de plein droit dans la société, et sans qu'il soit besoin d'une cession expresse d'actions.

32. Par le droit romain, ce que l'un des associés acquérait en son propre nom depuis la société contractée, n'était pas acquis de plein droit à la société; les autres associés avaient seulement action contre lui pour le lui faire apporter à la société : *Si quis societatem contraxerit, quod emit, ipsius fit, non commune; sed societatis judicio cogitur rem communicare*; *l.* 74, ff. *pro soc.* La raison était, que la tradition feinte, qui était censée intervenir par le contrat de société, par laquelle chacun des associés était censé se constituer possesseur au nom de la société, ne pouvait avoir lieu qu'à l'égard des biens qu'il avait alors, ne pouvant pas se constituer possesseur de ceux qu'il n'avait pas encore.

Dans notre droit français, qui n'est pas si littéral que le droit romain, je pense qu'un associé *omnium bonorum*, qui, par le contrat de cette société, est obligé de faire, pour le compte de cette société, toutes les acquisitions qu'il fait, doit, lorsqu'il fait quelque acquisition, être facilement présumé avoir voulu la faire au nom et pour le compte de la société, quoiqu'il ne l'ait pas exprimé, et avoir par conséquent acquis la chose de plein droit à la société, sans que ses associés soient obligés de lui en faire demande.

§ III. DE CE QUI ENTRE OU N'ENTRE PAS DANS LA SOCIÉTÉ UNIVERSORUM BONORUM

33. Cette société étant généralement de tous biens présens et à venir, tout ce qui avient à chacun des associés durant la société y tombe, à quelque titre qu'il lui avienne, même à titre de succession, donation ou legs; *l.* 3, § 1; même pour réparation civile d'une injure qui aurait été faite à sa personne ou aux siens; *l.* 52, § 16, ff. *dict. tit.*

34. Néanmoins, en un cas, les choses échues à titre de donation ou de legs à l'un des associés, ne tombent pas dans la société; savoir, lorsqu'elles lui ont été données ou léguées sous la condition qu'elles n'y tomberaient pas; car le donateur ou testateur ayant été le maître de ne les pas donner, a pu, en les donnant, apposer à sa donation telle condition qu'il a voulu; et il ne fait en cela aucun tort aux associés du donataire, qui n'auraient eu rien à prétendre, si, comme il en était le maître, il n'eût pas fait la donation.

35. Mais dans un contrat d'achat que ferait un associé universel, quelque protestation qu'il y eût par le contrat que l'achat est fait pour le compte particulier de l'acheteur, les choses achetées ne laisseront pas de tomber dans la société.

Ne peut-on pas dire, comme dans le cas précédent, que le vendeur, qui était le maître de ne les pas vendre, a pu les vendre sous cette condition? Non. La raison de différence est, que dans un contrat de cette nature, on présume que c'est l'acheteur qui a fait mettre cette clause, en fraude de la société. Le contrat de vente étant un contrat de commerce, dans lequel chacune des parties n'a coutume que de rechercher son intérêt, on présume qu'il a dû être indifférent au vendeur que la chose qu'il vendait tombât, ou non, dans la société de l'acheteur. Au contraire, les donations étant faites par le motif de l'amitié que le donateur porte au donataire, ce motif a pu porter le donateur à vouloir et à stipuler qu'il profitât seul des choses données, et qu'elles ne tombassent pas dans la société.

36. Quelque universelle que soit cette société, ce que l'un des associés aurait acquis par des voies criminelles ou déshonnêtes, n'entre pas dans la société; car étant de l'essence des sociétés qu'elles se contractent pour faire en commun un profit honnête, *suprà*, *n.* 14, tout gain criminel ou déshonnête ne peut être susceptible d'aucune société.

Par exemple, si l'un des associés avait fait la contrebande, et qu'il eût un magasin de marchandises de contrebande, les associés n'ont pas d'action pour l'obliger à les apporter à la société, ou à compter du profit qu'il a fait dans ce commerce. Les raisons ci-dessus rapportées, et les lois, qui leur défendent de prendre part à un tel commerce, résistent à cette action. Ils ont seulement action pour lui faire rapporter l'argent qu'il aurait tiré de la caisse commune pour faire ce commerce, n'ayant pas eu le droit de l'en tirer pour en faire un tel emploi.

Quoique ce que l'un des associés a acquis par des voies criminelles et déshonnêtes ne tombe pas dans la société, néanmoins si cet associé l'avait apporté à la société, et mis dans la caisse commune, soit au su, soit à l'insu de ses associés, il ne serait pas recevable à l'en vouloir retirer et prélever, sous le prétexte qu'ayant été acquis par des voies criminelles, il n'appartient pas à la société; car il n'est pas recevable à alléguer sa turpitude. Néanmoins si c'étaient des choses dérobées, et qu'il eût été condamné de restituer à celui à qui elles appartiennent, il serait reçu, pour obéir à la sentence, à les retirer des magasins où il les aurait apportées : *Quod ex furto vel ex alio maleficio quæsitum est in societatem non oportere conferri palàm est; quia delictorum turpis atque fœda communio est; planè si in medio collatum sit, commune erit lucrum*; *l.* 53 : *quod enim ex maleficio*

contulerit socius, non aliter accipere debet, quàm si damnatus sit; *l.* 54.

§ IV. DES CHARGES DE LA SOCIÉTÉ UNIVERSORUM BONORUM.

37. Cette société renfermant tous les biens présens et à venir des associés, elle doit pareillement renfermer et supporter toutes les charges desdits biens, tant présentes que celles à venir.

C'est pourquoi cette société doit être tenue, non seulement de toutes les dettes dont chacun des associés était débiteur lorsqu'ils ont contracté la société ; ces dettes sont une charge présente de leurs biens présens, *quùm bona non intelligantur, nisi deducto ære alieno:* elle doit aussi être tenue de toutes les dépenses que chacun des associés sera obligé de faire durant la société, ces dépenses étant une charge à venir de tous ses biens présens et à venir.

On doit comprendre dans ces dépenses, non seulement celles que chacun des associés est obligé de faire pour ses alimens et ceux de ses enfans, et pour leur éducation, mais même généralement toutes les dépenses raisonnables auxquelles la bienséance pourra engager chacun des associés durant la société, pourvu qu'elles soient faites avec une sage économie, eu égard aux facultés de la société, et à la qualité des associés; *l.* 73, § 1, *dict. tit.*

38. Suivant ces principes, le sentiment commun des docteurs est, que cette société est tenue non seulement des dépenses que chacun des associés ferait pour l'éducation de ses enfans, telles que sont les équipages qu'en fournit à ceux qui suivent la profession des armes, les pensions de ceux qu'en envoie dans les colléges et universités, les livres qui leur sont nécessaires, les salaires et les récompenses de leurs précepteurs, etc., mais même de celles qu'il ferait pour leur procurer un établissement, soit par mariage ou autrement; et qu'en conséquence les dots, que l'un des associés aurait données à ses filles pour les marier, pourvu qu'elles ne soient pas excessives, doivent être portées par la société, sans pouvoir être précomptées à cet associé sur sa part dans la société ; car l'obligation de doter ses enfans étant une obligation naturelle des pères et mères, cette dépense était une charge à venir de tous ses biens présens et à venir. C'est le sentiment de Treutler, de Bacheu nd *Treutler*, des thèses de Cologne, de Lauterbach, de Brunneman, etc.

Cette décision a lieu, suivant ces auteurs, quand même il n'y aurait que l'un des associés qui aurait des filles, et que l'autre n'en eût pas; de même que les successions, qui échéent à l'un des associés durant cette société, ne laissent pas d'y tomber, quoique l'autre n'eût aucune succession à attendre. *Nec obstat* que cela est contraire à l'égalité qui doit régner dans les sociétés; car nous avons vu *suprà*, que cette espèce de société ne laisse pas d'être valable, quoique chacun des associés y contribue inégalement. Enfin la loi 18, ff. *pro soc.*, dit expressément que la convention, que les filles des associés seront dotées du fonds commun, pourvu qu'elle soit faite pour tous les associés, ne laisse pas d'être valable, quoiqu'il n'y ait que l'un d'eux qui ait une fille à marier.

Domat, *liv.* 1, *tit.* 8, *sect.* 3, *n.* 11, paraît vouloir tirer de cette loi 81 un argument contre le sentiment que nous venons de rapporter, que cette société de tous biens présens et à venir est tenue des dots des enfans des associés ; car il est dit dans cette loi, que la société en est tenue lorsque les parties en sont convenues; d'où il conclut qu'elle n'en est pas tenue de droit, et sans une convention expresse. La réponse à cette objection est, que la question de cette loi étant proposée généralement à l'égard de toutes les sociétés, et non pas seulement à l'égard de la société de tous les biens présens et à venir, Papinien répond, *qu'elle ne peut avoir lieu qu'à l'égard de celles qui renferment la convention que les dots des filles des associés seront prises dans le fonds commun*. Au reste, Papinien ne distingue pas, parce que cela ne vient pas à son sujet, si elles renferment cette convention par un pacte exprès, qui est nécessaire dans les sociétés qui ne seraient pas de tous biens présens et à venir; ou si elles la renferment par la nature du contrat, lorsque la société est de tous les biens présens et à venir.

39. A l'égard des folles dépenses qu'un associé ferait durant la société de tous biens présens et à venir, la société n'en est pas tenue : elles doivent lui être précomptées sur sa part; car on ne peut pas dire qu'elles fussent une charge à venir de ses biens présens et à venir qu'il a mis en société, puisque rien ne l'obligeait à les faire, et qu'il ne devait pas les faire.

40. A plus forte raison, il ne doit pas faire porter à la société ce qu'il a perdu au jeu ou à la débauche : *Quod in aleâ aut adulterio perdiderit socius, de medio non est laturus*; *l.* 59, § 1, ff. *pro soc.*

41. Par la même raison, la société ne sera pas tenue des amendes, ni des réparations civiles auxquelles l'un des associés aurait été condamné pour quelque délit; *l.* 52, § 18, ff. *dict. tit.*

Si néanmoins c'était injustement qu'il eût été condamné, la société devrait supporter cette perte, pourvu que ce ne fût pas par sa faute, *putà*, en faisant défaut, qu'il se fût laissé condamner; *d.* § 18. La raison est, que ce qu'il lui en a coûté en ce cas, est une dépense qui ne

procède pas de sa faute, et qu'il n'a pu éviter. Elle est une charge de ses biens, dont la société est chargée.

Observez que l'associé ne doit pas être recevable à alléguer qu'il a été condamné injustement, tant que la sentence subsiste, la sentence formant une présomption contre lui. Mais si, après l'avoir fait infirmer par le juge supérieur, il ne pouvait répéter ce qu'il aurait été obligé de payer en exécution de cette sentence, par l'insolvabilité de la partie et de la caution, ce serait, en ce cas, une perte qui devrait tomber sur la société.

42. Le principe, que nous venons d'établir, que la société n'est pas tenue des réparations civiles et des amendes dues pour le délit de l'un des associés, reçoit exception dans le cas auquel cet associé aurait porté dans le fonds de la société ce qui lui est provenu de ce délit; car, en ce cas, la société est tenue de la restitution qui en doit être faite à la partie offensée, au moins jusqu'à concurrence de ce dont la société a profité à l'occasion de ce délit, lorsque c'est à l'insu des autres associés que les choses provenues du délit ont été mises dans le fonds de la société. Mais si c'est au su et au gré des autres associés, la société serait tenue de toutes les condamnations qui interviendraient pour le délit, soit pour la réparation civile, soit pour les amendes : *Si ex hoc conventus fuerit qui maleficium admisit, id quod contulit, aut solum, aut cum pœnâ auferret : solum auferet, si proponas insciente socio in societatis rationem hoc contulisse; quòd si sciente, etiam pœnam socium agnoscere oportet; æquum est enim ut cujus participavit lucrum, participet et damnum; l. 55, ff. dict. tit. Nec interest utrùm manente societate præstiterit ob furtum, an dissolutâ eâ; l. 56.*

ARTICLE II.

De la seconde espèce de société universelle, que les Romains appelaient universorum quæ ex quæstu veniunt.

43. La seconde espèce de société universelle est celle qui est appelée en droit *universorum quæ ex quæstu veniunt*, par laquelle les parties contractent société de tout ce qu'elles acquerront pendant le cours de la société, à quelque titre de commerce que ce soit.

Les parties sont censées contracter cette espèce de société, lorsqu'elles déclarent qu'elles contractent ensemble société, sans s'expliquer davantage : *Coiri societatem simpliciter licet, et si non fuerit distinctum, videtur coita esse universorum quæ ex quæstu veniunt; l. 7, ff. pro soc.*

C'est aussi cette espèce de société qui est censée contractée, lorsque les parties ont dit qu'elles contractaient société de tous les gains et profits qu'elles feraient de part et d'autre : *Sed et si adjiciatur, ut et quæstus et lucri socii sint, verum est, non ad aliud lucrum quàm quod ex quæstu venit, hanc quoque adjectionem pertinere; l. 13, ff. dict. tit.*

44. Selon le droit romain, les biens, qu'avaient les parties lorsqu'elles ont contracté cette société, n'y entrent point, si ce n'est pour la jouissance. Mais suivant notre droit coutumier, leurs biens meubles, qu'elles avaient lors du contrat, y entrent. Notre Coutume d'Orléans, *art.* 214, en a une disposition : « Laquelle société, si elle n'est limitée, sera seulement « entendue de tous les biens meubles et conquêts « immeubles faits par lesdites parties durant la « société. » *Voyez* Berry, *tit.* 8, *art.* 10, etc.

45. Il n'y a que ce que chacun des associés acquiert durant la société par quelque titre de commerce, comme par achat, louage, etc., qui tombe dans cette société : *Si quod lucrum ex emptione, venditione, locatione, conductione descendit; dict. leg.* 7.

Comme aussi ce que chacun d'eux acquiert par l'exercice de sa profession, sa solde, ses appointemens; *l.* 52, § 8, *ff. dict. tit.*

46. Cette société étant généralement de tous les acquêts que les associés feront durant le temps de la société, il suffit que des choses aient été acquises à quelque titre de commerce durant la société, par l'un des associés, pour qu'elles tombent dans la société, quand même le contrat d'acquisition ne porterait pas qu'elle est faite pour le compte de la société.

Il y a plus : si le contrat portait expressément que l'acquisition est faite pour le compte particulier de l'un des associés, ses associés pourraient l'obliger de rapporter à la masse commune les choses ainsi acquises; à moins que l'acquisition n'eût été faite de ses deniers propres et exceptés de la société.

47. Observez aussi que des héritages, quoique acquis à titre de commerce durant la société, n'y tombent pas, lorsque le titre, en vertu duquel l'un des associés les a acquis, quoique durant la société, est antérieur au contrat de société, comme lorsqu'ayant acheté un héritage avant le contrat de société, la tradition ne lui en a été faite que depuis. En ce cas, cet héritage lui est propre; il doit seulement tenir compte à la société des deniers qu'il en a tirés pour en payer le prix.

48. Pareillement les choses, dont l'un des associés est devenu propriétaire durant la société, plutôt par la résolution de l'aliénation qui en avait été faite avant le contrat de société, que

par une nouvelle acquisition qu'il en eût faite, ne tombeot pas dans la société; comme lorsqu'il a révoqué pour cause de survenance d'enfans, ou pour cause d'ingratitude, la donation qu'il en avait faite.

49. L'héritage, que l'un des associés a acquis durant la société par droit de retrait lignager, ne doit pas non plus tomber dans la société; car ce droit, par sa nature, n'étant pas cessible, ne doit pas par conséquent être communicable.

50. Quoique l'échange soit un titre de commerce, néanmoins comme l'héritage acquis en contre-échange est subrogé à celui qui a été échangé, et en prend la nature, l'héritage acquis par l'un des associés durant la société, en contre-échange d'un héritage qui lui était propre, lui sera pareillement propre, et ne tombera pas dans la société.

51. Il n'y a que ce que chacun des associés a acquis à titre de commerce durant la société, qui y tombe.

Ce qui avient à l'un des associés à titre de succession, don ou legs, n'y tombe pas; *l.* 9, 10, 11 et 71, § 1, ff. *pro soc.*

Notre Coutume d'Orléans, *art.* 217, en a aussi une disposition. Cela a lieu, quand même la donation lui aurait été faite à l'occasion des affaires de la société qui lui auraient procuré la connaissance du donateur, *l.* 60, § 1, *in fine*, ff. *pro soc.*

52. Quant aux charges de cette société, suivant le droit romain, les associés n'apportant dans cette société aucune chose des biens qu'ils avaient lorsqu'ils l'ont contractée, elle ne doit pas être tenue des dettes doot ils étaieot débiteurs.

Mais notre droit coutumier faisant entrer dans cette société les biens meubles que les conjoints avaient lorsqu'ils l'ont contractée, c'est une conséquence que cette société doit être tenue de toutes les dettes mobilières dont ils étaient alors débiteurs; les dettes mobilières, suivant les principes de notre ancien droit français, devant suivre le mobilier, et en étant une charge.

53. A l'égard des dettes qui sont contractées par les associés durant la société, il n'y a que celles qui sont contractées pour les affaires de la société, dont la société soit tenue : *Sed nec æs alienum, nisi quod ex quæstu pendebit, veniet in rationem societatis; l.* 12.

SECTION II.

DES SOCIÉTÉS PARTICULIÈRES.

Il y a plusieurs espèces de sociétés particulières. Il y en a qui se contractent pour avoir en commun certaines choses particulières, et en partager les fruits. Il y en a qui se contractent pour exercer en commun quelque art ou quelque profession. Enfin il y a des sociétés de commerce.

§ I. DE LA SOCIÉTÉ DE CERTAINES CHOSES.

54. On peut contracter société de choses particulières, et même d'une seule chose : *Societates contrahuntur unius rei; l.* 5, ff. *pro soc.*; comme lorsque deux voisines conviennent d'acheter à frais communs une vache, pour la nourrir et la soigner en commun, et en partager le profit.

On peut mettre dans cette espèce de sociétés de choses particulières, de même que dans les sociétés universelles, ou les choses mêmes, ou seulement l'usage et les fruits à percevoir de ces choses.

Par exemple, lorsque deux voisines, qui avaient chacune une vache, sont convenues que les deux vaches seraient communes entre elles, c'est une société des choses mêmes : chacune des associées n'est plus propriétaire séparément de sa vache, elles sont chacune propriétaire en commun de deux vaches. C'est pourquoi si l'une des deux vaches vient à mourir, la perte sera commune, et celle qui reste continuera d'appartenir en commun aux deux associées, sans que celle, qui l'a apportée à la société, puisse y prétendre plus de droit que l'autre. Mais si ces deux voisines, sans convenir que leurs vaches seraient communes, sont seulement convenues qu'elles en percevraient en commun tous les fruits et profits qui en proviendraient, ce ne sont pas eu ce cas les vaches elles-mêmes qui sont mises en société; chacune des associées demeure propriétaire séparément de sa vache; et si elle vient à mourir, elle en souffre seule la perte, sans pouvoir rien prétendre dans l'autre.

Pareillement, lorsque deux personnes contractent entre elles une société pour vendre en commun certaines choses qui appartiennent à chacune d'elles, et en partager le prix, il faut bien examiner quelle a été leur intention. Si elle a été de mettre en société les choses mêmes, la société sera des choses; et si l'une des choses vient à périr avaot la vente que les parties se proposaient d'en faire, la perte en sera commune. Mais si elle a été de mettre en société, non les choses mêmes, mais le prix de la vente qui en serait faite, la perte tombera en entier sur celui des associés à qui la chose appartenait. C'est la distinction que fait Celse dans l'espèce suivante : *Quùm tres equos haberes, et ego unum, societatem coimus, ut accepto equo meo quadrigam venderes, et ex pretio quartam mihi redderes : si antè venditionem equus meus mortuus sit, non putare se Celsus ait*

societatem manere, nec ex pretio equorum tuorum partem deberi; neu enim habendæ quadrigæ, sed vendendæ coitam societatem : cæterùm si id actum dicatur ut quadriga fieret, eaque communicaretur, tuque iu ed tres partes haberes, ego quartam, non dubiè edhuc socii sumus; l. 58, ff. *pro soc.* On doit faire la même distinction à l'égard de deux marchands qui se seraient associés pour la vente des marchandises qu'ils avaient chacun dans leur boutique. Si leur intention a été de mettre en société leurs marchandises, et que, depuis, celles qui étaient dans la boutique de l'un d'eux soient péries par le feu du ciel tombé sur cette boutique, la perte tombera sur la société, et l'associé, dont la boutique a été incendiée, continuera d'avoir part dans les marchandises de la boutique de l'autre associé. Mais si l'intention de ces marchands a été de contracter société, non des marchandises, mais du débit qu'ils en feraient, la perte, qui est arrivée par le feu du ciel qui est tombé sur la boutique de l'un de ces marchands, tombera sur lui seul, et il n'aura pas de part à prétendre dans les marchandises de l'autre.

§ II. DES SOCIÉTÉS POUR L'EXERCICE D'UNE PROFESSION.

55. Plusieurs personnes d'une même profession ou d'un même métier peuvent s'associer ensemble pour l'exercice de leur profession ou de leur métier, et convenir de rapporter à une masse commune tous les gains qu'ils feront de part et d'autre, dans l'exercice de leur métier ou profession, pour les partager ensemble.

Nous voyons beaucoup de sociétés de cette espèce entre des maçons.

Ces sociétés sont licites, pourvu qu'elles ne tendent pas à une mauvaise fin, telle que serait celle d'enchérir arbitrairement le prix de leur travail. Par exemple, dans le cas auquel un violent ouragan aurait découvert toutes les maisons d'une petite ville; si tous les couvreurs du lieu s'associaient ensemble pour l'exercice de leur métier pendant un certain temps que devrait durer l'ouvrage à faire pour réparer les couvertures, et convenaient entre eux de ne point monter sur les maisons qu'on ne leur payât leurs journées à un certain prix beaucoup plus cher que le prix ordinaire; de telles sociétés ne doivent pas être tolérées, et les juges de police doivent punir par des amendes ceux qui les ont contractées.

§ III. DES SOCIÉTÉS POUR UN COMMERCE.

56. Savary, dans son *Parfait Négociant,* distingue trois espèces de sociétés de commerce : les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite, et les sociétés anonymes et inconnues.

57. La société en nom collectif est celle que font deux ou plusieurs marchands, pour faire en commun un certain commerce au nom de tous les associés.

C'est pourquoi tous les marchés, que chacun de ces associés fait pour ce commerce, sont signés, *un tel et compagnie.* Il est censé, dans tous ces marchés, contracter tant en son nom qu'au nom de ses associés, qui sont censés contracter et s'obliger conjointement avec lui par son ministère.

Il faut pourtant, à cet égard, suivre les lois prescrites pour le contrat de société, comme nous le verrons *infrà.*

58. Cette société n'est composée que des choses que les associés ont mises en contractant la société, et de celles que chacun d'eux a acquises durant la société, au nom de la société, en signant les marchés, *un tel et compagnie;* soit qu'il ait fait les acquisitions des deniers de la société, soit qu'il les ait faites de ses propres deniers. Mais les choses, que l'un des associés aurait acquises pour son compte particulier, quoique acquises durant la société, et des deniers de la société, n'y tombent pas; cet associé est seulement débiteur à la société de la somme qu'il en a retirée. C'est ce qui est décidé par la loi 4, *Cod. com. utr. jur. Si patruus tuus ex communibus bonis res comparavit, non omnium bonorum socius constitutus....: res emptas communicare eum contra juris rationem postulas.*

En cela, les sociétés particulières diffèrent des universelles, comme nous l'avons observé *suprà, n.* 46, suivant qu'il résulte de ces termes, *non omnium bonorum socius constitutus,* qui donnent à entendre qu'il faudrait décider autrement dans le cas d'une société universelle.

59. Néanmoins, même dans les sociétés particulières, si le marché, que cet associé a fait pour son compte particulier, était un marché avantageux qui convînt à l'espèce de commerce qui fait l'objet de la société, et qu'il eût été de l'intérêt de la société de faire pour le compte de la société, cet associé pourra être obligé par ses associés à rapporter à la masse de la société les choses qu'il a acquises par ce marché, car il n'a pas dû préférer son intérêt particulier à celui de la société, ni enlever à la société ce marché qui lui était avantageux, en le faisant pour son compte particulier.

Par exemple, si deux personnes se sont associées pour faire valoir un gros cabaret, et que l'une d'elles, trouvant à acheter une partie de vin à un prix avantageux, l'achète pour son compte particulier, des deniers de la société qu'elle avait entre les mains; il faut examiner si,

lorsqu'elle a fait ce marché, il était de l'intérêt de la société de le faire pour le compte de la société, qui n'avait plus de vin que pour peu de temps pour l'entretien du cabaret : en ce cas, elle n'a pas dû faire ce marché pour son compte particulier. Mais, si lorsqu'elle a fait ce marché, le cabaret était garni de vin pour plusieurs années, et qu'elle ait fait ce marché pour son compte particulier, afin de revendre ce vin en gros, dans l'espérance d'en tirer du profit, l'objet de leur société n'étant pas un commerce en gros, son associé n'y pourra prétendre de part.

60. La société en commandite est une société qu'un marchand contracte avec un particulier, pour un commerce qui sera fait au nom seul du marchand, et auquel l'autre contractant contribue seulement d'une certaine somme d'argent qu'il apporte pour servir à composer les fonds de la société, sous la convention qu'il aura une certaine part au profit, s'il y en a; et qu'il portera, dans le cas contraire, la même part des pertes, dont il ne pourra néanmoins être tenu que jusqu'à concurrence du fonds qu'il a apporté en la société.

61. La société anonyme ou inconnue, qu'on appelle aussi *compte en participation*, est celle par laquelle deux ou plusieurs personnes conviennent d'être de part dans une certaine négociation qui sera faite par l'une d'entre elles, en son nom seul.

Par exemple, je trouve une certaine partie de marchandises à acheter pour revendre. N'ayant pas les fonds nécessaires pour faire seul cette négociation, je vous propose par lettre missive, si vous voulez en être de part avec moi. Vous me faites réponse que vous le voulez bien, et que vous me ferez tenir les fonds nécessaires pour votre part. En conséquence je fais la négociation seul en mon nom. C'est une société anonyme qui est contractée entre nous, dans laquelle je suis le seul associé connu et vous l'associé inconnu.

62. C'est aussi une espèce de société anonyme qu'on appelle *momentanée*, lorsque des revendeurs, qui se trouvent à une vente de meubles qui se fait à l'encan, pour ne pas surenchérir les uns sur les autres, conviennent d'être réciproquement de part de tous les achats que chacun d'eux fera à la vente, et qu'après la vente finie, ils mettront en une masse toutes les marchandises qu'ils y auront achetées chacun séparément, pour partager le tout entre eux. Cette société est permise lorsqu'elle ne tend pas à avoir les marchandises pour un prix au-dessous du juste prix, et qu'il se trouve à la vente un grand concours d'autres revendeurs que ces associés.

Mais si ceux, qui auraient fait cette société, étaient les seuls qui se trouvassent à cette vente, qui fussent en état d'y enchérir les meubles de prix, il est évident que cette société, qui tendrait à avoir des marchandises pour un prix aussi bas que celui qu'ils y voudraient mettre, renfermerait une injustice.

63. La société anonyme convient avec la société en commandite, en ce que dans l'une et dans l'autre il n'y a que l'un des associés qui contracte, et qui s'oblige envers les créanciers de la société; l'autre associé, qui est l'associé inconnu dans les sociétés anonymes, de même que l'associé en commandite, n'y sont obligés que vis-à-vis de leur associé principal.

Ces associés diffèrent en ce que, dans la société anonyme, l'associé inconnu est tenu indéfiniment, pour la part qu'il a dans la société, d'acquitter son associé des dettes qu'il a contractées pour la société; au lieu que l'associé en commandite n'en est tenu que jusqu'à concurrence de la somme qu'il a mise en société.

CHAPITRE III.

Des différentes clauses de contrats de société.

Les clauses les plus ordinaires, qui se rencontrent dans les contrats de société, concernent, ou le temps, auquel doit commencer la société, et celui qu'elle doit durer, ou son administration; ou les parts que chacun des associés doit avoir dans les gains et les pertes; ou la manière de récompenser celui des associés qui, quoiqu'ils soient associés pour portions égales, a néanmoins apporté à la société plus que les autres.

§ I. DES CLAUSES CONCERNANT LE TEMPS AUQUEL LA SOCIÉTÉ DOIT COMMENCER, ET CELUI QU'ELLE DOIT DURER.

64. On peut contracter une société ou purement ou simplement, auquel cas elle commence

dès l'instant du contrat; ou pour commencer au bout d'un certain temps.

Ce temps, qui doit être exprimé, fait la matière d'une clause du contrat.

On peut faire aussi dépendre d'une condition le contrat de société : *Societas coiri potest vel ex tempore, vel sub conditione, l.* 1, *ff. pro soc.* Par exemple, je puis contracter avec quelqu'un une société de commerce, qui n'aura lieu que s'il épouse une fille.

65. Le temps, que doit durer la société, peut faire aussi la matière d'une clause du contrat de société.

Ce temps peut être plus ou moins long. Lorsque les parties ne s'en sont pas expliquées, elles sont censées l'avoir contractée pour tout le temps de la vie des associés : *Societas coiri potest, vel in perpetuum, id est dùm vivunt, vel ad tempus ; dict. leg.* 1.

Suivant les principes du droit romain, on ne pouvait pas valablement convenir que la société aurait lieu, même après la mort des parties contractantes. C'est en ce sens que Cujas entend ce qui est dit en la loi 70, *ff. dict. tit. Nulla societatis in æternum coitio est.* Voyez *infrà*.

§ II. DES CLAUSES QUI CONCERNENT L'ADMINISTRATION DE LA SOCIÉTÉ.

66. Quelquefois, par le contrat de société, on donne à l'un des associés l'administration des biens et des affaires de la société.

Les associés peuvent, par cette clause, donner telles bornes ou telle étendue qu'ils jugent à propos à ce pouvoir d'administrer qu'ils accordent à l'un d'entre eux.

Ce pouvoir, lorsque les parties ne s'en sont pas expliquées, renferme, par rapport aux biens et aux affaires de la société, ce qu'a coutume de renfermer une procuration générale qu'une personne donne à quelqu'un pour administrer ses biens : car celui des associés, à qui on a donné cette administration, est comme le procureur général de ses associés, pour les biens et affaires de la société.

Suivant ce principe, ce pouvoir consiste à faire tous les actes et marchés nécessaires pour les affaires de la société; comme de recevoir et de donner quittance de ce qui est dû à la société par ses débiteurs; de faire contre eux les poursuites nécessaires pour en procurer le paiement; de payer ce qui est dû aux créanciers de la société; de faire les marchés avec les serviteurs et ouvriers employés pour le service de la société; de faire les achats des choses nécessaires pour les affaires de la société; de vendre les choses dépendante de la société, qui sont destinées à être vendues, et non d'autres.

Par exemple, dans une société universelle, celui des associés, à qui on a, par une clause du contrat, ou par une convention subséquente, donné l'administration de la société, peut vendre tous les fruits qui proviennent des récoltes des héritages dépendans de la société; la coupe des bois taillis, lorsqu'ils sont en âge d'être coupés. Mais il ne peut pas vendre les héritages, ni les autres biens immeubles appartenans à la société, ni même les meubles qui servent à les garnir, si ce n'est ceux qui sont de nature à se détruire, s'ils étaient gardés. *Procurator totorum bonorum cui res administrandæ mandatæ sunt, res domini neque mobiles, neque immobiles, neque servos sine speciali domini mandato alienare potest, nisi fructus, aut alias res quæ facilè corrumpi possunt; l.* 63, *ff. de procur.*

67. Dans une société de commerce, l'associé, qui a l'administration, peut bien vendre les marchandises de cette société, ces marchandises n'y étant entrées que pour être revendues. Mais son pouvoir ne s'étend pas jusqu'à pouvoir vendre la maison qui a été acquise pour faire le siége du commerce, ni à y imposer des servitudes; il ne peut pas même vendre les meubles qui sont dans cette maison pour y rester, comme des chaudières, des métiers et autres ustensiles de commerce.

68. Dans les sociétés, soit universelles, soit particulières, le pouvoir de l'associé administrateur ne s'étend pas jusqu'à pouvoir, sans l'avis de ses associés, transiger sur les procès de la société; car cela passe aussi le pouvoir d'un fondé de procuration générale; *Mandato generali non contineri etiam transactionem decidendi causâ interpositam; l.* 60, *ff. de procur.*

69. Quelque étendue qu'ait reçue par la clause du contrat le pouvoir d'administrer les effets de la société, il ne s'étend pas à pouvoir disposer par donation des effets de la société.

Néanmoins les donations de bienséance et ordinaires ne lui sont pas interdites

Par exemple, dans une société universelle, l'associé administrateur peut, sans consulter ses associés, faire à ceux qui devraient des lods et ventes ou autres profits seigneuriaux semblables, les remises nécessaires que les seigneurs ont coutume de faire. Il peut donner des étrennes et autres petites gratifications, dans les cas où il est d'usage et de bienséance d'en donner. Il peut aussi accéder à un contrat d'atermoiement qui contient des saisies faites à un débiteur failli; ces remises se font par esprit d'économie, pour ne pas tout perdre, plutôt que par esprit de donation.

70. Les principes, que nous venons d'établir, souffrent exception, 1° à l'égard de l'espèce de société universelle ou communauté de biens entre mari et femme : le mari a sur les biens

dont elle est composée, un pouvoir, non d'administrateur, mais de maître absolu, comme nous le verrons en notre Traité du Contrat de Mariage.

2° A l'égard de l'espèce de société universelle que contracte le survivant des deux conjoints par mariage, faute de faire inventaire; quoique le survivant ne soit pas maître absolu des biens de cette communauté, comme l'est le mari de ceux de la communauté conjugale tant qu'elle dure, et qu'il en soit seulement administrateur, il a néanmoins un pouvoir d'administrer si étendu, qu'il peut généralemnt disposer comme bon lui semble de tous les héritages et autres biens de la société, pourvu que ce ne soit pas par donation, comme nous le verrons dans notre Traité du Contrat de Mariage.

Enfin, même dans les sociétés ordinaires, nos principes reçoivent exception, lorsque, par les clauses du contrat, il a plu aux parties de donner plus d'étendue au pouvoir de celui à qui elles ont accordé l'administration de la société.

71. Quoique le pouvoir d'un associé, qui, par la loi apposée au contrat de société, est l'administrateur des biens de la société, puisse être comparé à celui d'un homme à qui quelqu'un aurait donné une procuration générale pour gérer ses affaires, il faut néanmoins observer entre eux une différence. Le pouvoir de celui-ci étant révocable, selon la nature du contrat de mandat, il peut bien faire à l'insu de celui qui lui a donné la procuration, tous les actes dépendans de l'administration qui lui a été confiée, celui qui lui a donné la procuration étant censé y consentir : mais il ne peut rien faire contre son gré, et contre la défense qu'il lui aurait notifiée. Au contraire, le pouvoir d'administrer, qui est accordé à l'un des associés par le contrat de société, étant une des conditions de ce contrat, cet associé n'ayant consenti à la société qu'à la charge qu'il en aurait l'administration, ce pouvoir n'est pas révocable tant que la société dure. C'est pourquoi cet associé peut faire, même contre le gré et malgré l'opposition des autres associés, tous les actes qui dépendent de son administration, pourvu que ce soit sans fraude, et pour le bien de la société.

Il en serait autrement, si ce n'était pas par le contrat de société, mais depuis, que le pouvoir d'administrer la société eût été accordé à l'un des associés : il ne serait, en ce cas, qu'un simple mandataire de ses associés, qui pourrait être révoqué, et qui ne pourrait rien faire malgré eux.

72. On donne quelquefois, par le contrat de société, à plusieurs des associés l'administration des affaires de la société. Si cette administration a été partagée entre eux, comme si l'un a été proposé pour faire les achats, l'autre pour vendre les marchandises, chacun d'eux ne peut faire que les actes qui dépendent de la partie d'administration qui lui a été confiée. Mais si l'administration n'a pas été partagée entre eux, chacun d'eux peut séparément et sans l'autre, faire valablement tous les actes qui dépendent de l'administration de la société; à moins que la clause, par laquelle ils ont été préposés, ne portât qu'ils ne pourraient rien faire l'un sans l'autre.

On peut, pour cette décision, tirer argument de ce qui est décidé en la loi 1, § 13 et 14, ff. *de exercit. act.*, à l'égard de plusieurs commis d'un armateur : *Si plures sint magistri non divisis officiis, quodcumque cum uno gestum erit, obligabit exercitorem; si divisis, ut alter locando, alter exigendo, pro cujusque officio obligatur exercitor : sed si sic præposuit, ut plerumquè faciunt, ne alter sine altero quid gerat; qui contraxit cum uno, sibi imputabit.*

Cette clause, que l'un des administrateurs ne pourra rien faire sans l'autre, doit être exécutée, même dans le cas auquel il arriverait que l'un des associés serait empêché, soit par maladie ou autrement, jusqu'à ce que les associés en aient disposé autrement.

§ III. DES CLAUSES QUI CONCERNENT LES PARTS QUE CHACUN DES ASSOCIÉS DEVRA AVOIR DANS LES GAINS ET LES PERTES.

73. Lorsque la valeur de ce que chacun des associés apporte à la société, est apparente, comme lorsque cet apport consiste en argent ou en effets, auxquels on a donné une estimation, il n'est pas nécessaire de s'expliquer par le contrat de société sur les parts que chacun devra avoir dans les gains et les pertes, chacun devant y avoir, en ce cas, la même part que celle dont il a contribué à la société.

Quoiqu'on n'ait pas donné une estimation certaine à ce que chacun a apporté à la société, il n'est pas encore nécessaire que les parties s'expliquent sur les parts qu'elles auront chacune, lorsque leur intention est de partager la société par portions égales; car c'est ce partage par portions égales qui a lieu en ce cas, lorsque les parties ne s'en sont pas expliquées : *Si partes societati non fuerint adjectæ, æquas eas esse constat*; *l.* 29, ff. *pro soc.*

Mais lorsque l'intention des parties contractantes n'est pas de partager la société par portions égales, et que d'ailleurs elles n'ont pas donné une estimation certaine à ce que chacune d'elles y a apporté; en ce cas, il faut que, par une clause du contrat de société, elles règlent les portions que chacune devra avoir dans le fonds de la société, et dans les gains et dans les pertes.

Pareillement, si, outre la somme dont chacun des associés a contribué à la société, soit en argent, soit en effets, auxquels en a donné une estimation, l'un d'entre eux a apporté à la société une industrie qui lui est particulière, pour raison de laquelle il demande à avoir une plus grande part que les autres dans les gains, ou à souffrir une moindre part dans les pertes, il faut régler par une clause du contrat quelle sera cette part. Sur l'équité ou l'iniquité de ces clauses qui règlent les parts que chacun des associés devra avoir dans les gains ou dans les pertes, voyez *ce que nous avons dit suprà, chap.* 1, § 4.

74. Quelquefois les parties ne règlent pas elles-mêmes les parts que chacun des associés aura; mais elles conviennent, par le contrat de société, de s'en rapporter au réglement qui en sera fait par une certaine personne, ou même quelquefois par l'une des parties. Ce réglement, auquel elles conviennent de s'en rapporter, ne doit pas s'entendre d'un réglement purement arbitraire, mais d'un réglement qui sera fait selon les règles de l'équité; *arbitrium boni viri; ll.* 76, 77, 78, ff. *pro soc.*

C'est pourquoi si le réglement, qu'auroit fait l'expert auquel elles se sont rapportées, était manifestement inique, la partie lésée pourrait le faire réformer : *Si arbitrium ità pravum est, ut manifestè iniquitas ejus appareat, corrigi potest per judicium bonæ fidei; l.* 79, *ibidem.*

Mais à moins que l'iniquité du réglement ne fût évidente, la présomption est pour l'équité du réglement, et l'une des parties n'est pas recevable à s'en plaindre.

§ IV. DES CLAUSES QUI CONCERNENT LES MANIÈRES DE RÉCOMPENSER CELUI DES ASSOCIÉS QUI, QUOIQU'ILS SOIENT ASSOCIÉS POUR PORTIONS ÉGALES, A APPORTÉ PLUS QUE LES AUTRES A LA SOCIÉTÉ.

75. Ce que l'un des associés apporte à la société de plus que les autres, ou consiste seulement dans son industrie et son travail, ou dans une plus grande somme qu'il apporte en marchandises ou en argent.

Lorsque ce que l'un d'eux a apporté à la société de plus que les autres, consiste dans son industrie, qui n'est pas entrée en considération dans le réglement des portions que chacun des associés devra avoir dans les gains de la société, il peut en être récompensé de plusieurs manières. Par exemple, si trois associés ont apporté en argent ou en marchandises chacun 50,000 liv., pour former une société dont ils seraient chacun pour un tiers, et que l'un d'eux y ait apporté de plus que les autres son industrie particulière, et le travail qu'il s'est chargé de faire pour les affaires de la société; il y a plusieurs manières de le récompenser de cette industrie et de son travail. 1° On peut convenir qu'en récompense de son industrie et de son travail, il ne supportera rien de la perte qu'il pourra y avoir à souffrir, si la société ne réussit pas; ou qu'il en souffrira une perte moindre que le tiers qu'il aurait eu dans les gains, si la société eût prospéré. Nous avons vu *suprà, chap.* 1, § 4, que cette convention était équitable, lorsque le prix de son industrie et de son travail était égal au prix de la décharge du risque de supporter dans la perte la part qui lui est assignée dans les gains.

2° On peut, en laissant participer cet associé aux pertes comme aux gains pour son tiers, le récompenser d'ailleurs de son industrie et de son travail qu'il apporte de plus que les autres à la société, en convenant qu'il prélèvera tous les ans sur le fonds de la société une certaine somme, à laquelle les parties contractantes auront évalué le prix de son industrie et de son travail qu'il a apporté à la société de plus que les autres associés.

On peut aussi évaluer le prix de l'industrie et du travail de cet associé à une certaine somme unique qui doive être par lui prélevée sur le fonds de la société, au partage qui sera à faire entre les associés à la fin du temps que doit durer la société.

76. Lorsque l'un des associés a apporté en argent ou en marchandises plus que les autres à la société qu'ils ont contractée, pour en partager entre eux les profits par parties égales, on convient ordinairement que cet associé prélèvera cette somme au partage qui se fera à la fin du temps de la société, avec les intérêts de cette somme par chacun an du temps qu'elle aura duré.

Cette convention intervient assez fréquemment lorsqu'un négociant marie quelqu'un de ses enfans. Par exemple, un négociant, qui a un fonds de commerce de 450,000 livres en argent, dettes actives et marchandises, déduction faite du passif, en tire 50,000 livres pour marier son fils, et associe pour dix ans son fils à son commerce: quoique son fils n'apporte à cette société que les 50,000 livres qu'il a reçues de son père, et pareille somme que sa femme lui a apportée en dot, ce qui fait en tout 100,000 livres, et que son père y contribue de 400,000 livres qui lui restent, néanmoins il associe son fils pour moitié à son commerce. Au lieu du cinquième qu'il y devrait avoir seulement, n'ayant apporté pour sa part qu'une somme de 100,000 livres, qui est le cinquième du fonds de la société, pour récompenser le père des 300,000 livres dont il contribue à la société de plus que son fils, on convient par le contrat de société inséré dans le

contrat de mariage, que le père, à la fin du temps de la société, prélèvera au partage la somme de 300,000 livres, avec les intérêts de cette somme pour chacune des années qu'aura duré la société. On a mis en question si ces intérêts étaient légitimes. Quelques théologiens pensent qu'ils sont usuraires, et que le père ne peut les exiger dans le for de la conscience. Ils disent que cette convention renferme un prêt que le père fait de cette somme à la société, qui est de 300,000 livres; que cette somme n'étant pas aliénée, puisqu'il a le droit de l'exiger à la fin de la société, et ne courant aucun risque par rapport à cette somme, puisqu'elle lui doit être rendue par la société, sans aucune diminution, quelques pertes qu'eût souffertes la société, il ne peut sans usure en exiger aucuns intérêts. Je ne crois pas cette opinion véritable. Il n'y a d'usure que dans le contrat du prêt formel ou déguisé sous la fausse apparence d'un autre contrat. Cette convention n'est pas un prêt, ni formel ni déguisé, le père n'ayant jamais eu intention de faire un prêt à son fils; cette convention n'est autre chose qu'une clause d'un contrat de société dont elle fait partie, et elle ne contient rien d'injuste. Les 300,000 livres que le père a de plus que son fils dans la société, sont un fonds de commerce qui est quelque chose de frugifère, qui produit des profits considérables qui en sont comme les fruits. Le père, qui devrait avoir seul les profits qu'il y avait lieu d'espérer que produirait ce fonds de 300,000 livres, puisqu'il l'aurait de plus que ce qui a été apporté par chacun des associés à la société, abandonne néanmoins ces profits à la société, et il reçoit de la société, pour le prix desdits profits, les intérêts de cette somme. S'il est déchargé du risque des pertes qu'il eût dû souffrir pour raison de cette somme au cas de mauvaise fortune, c'est parce que les profits, qu'il y a lieu d'espérer d'un bon commerce, étant beaucoup plus considérables que ne le sont les intérêts de l'argent, et l'espérance de ces profits ayant beaucoup plus de probabilité que le risque des pertes en cas de mauvaise fortune, l'estimation de l'espérance desdits profits, sous la déduction du prix du risque des pertes qu'il y aurait à craindre, et dont on décharge le père, peut encore monter sans iniquité aux intérêts de l'argent. Une preuve que cette convention ne renferme aucune injustice qui soit faite au fils par le père, c'est qu'entre marchands ces espèces de conventions sont regardées comme avantageuses au fils. Si le père ne consultait que son seul intérêt, il aimerait beaucoup mieux n'admettre son fils en société que pour un cinquième, que de l'admettre pour la moitié à cette condition; et c'est ordinairement la famille de la fille qui exige de lui cette convention comme une condition du mariage.

CHAPITRE IV.

Des personnes qui peuvent contracter société; et des formes que notre droit requiert pour le contrat de société.

ARTICLE PREMIER.

Des personnes qui peuvent contracter société.

77. Sur les personnes qui peuvent contracter société, nous renvoyons aux principes généraux que nous avons établis en notre *Traité des Obligations*, *part.* 1, *chap.* 1, *sect.* 1, *art.* 4, où nous avons traité des personnes qui peuvent, ou non, contracter; n'y ayant rien à cet égard de particulier pour le contrat de société.

Nous observerons seulement, à l'égard des mineurs qui sont marchands ou banquiers de profession, que l'Ordonnance de 1673, *tit.* 1, *art.* 6, les réputant majeurs pour le fait de leur commerce et banque, sans qu'ils puissent être restitués sous prétexte de minorité, ils sont par conséquent capables de contracter des sociétés pour le fait de leur commerce, sans espérance de restitution.

ARTICLE II.

Des formes requises pour le contrat de société.

78. Le contrat de société étant un contrat de droit naturel, qui se régit par les seuls principes du droit naturel, et un contrat consensuel qui se forme par le seul consentement des parties, il n'est par lui-même sujet à aucune forme. Celles, que notre droit requiert pour ce contrat, ne sont requises que pour la preuve du contrat, et non pour sa substance.

Il faut, à cet égard, distinguer les sociétés

universelles et les sociétés particulières; et entre les sociétés particulières, celles qui sont sociétés de commerce, et celles qui ne le sont pas.

§ I. DE LA FORME REQUISE POUR LES SOCIÉTÉS UNIVERSELLES.

79. Par l'ancien droit français, ces sociétés n'étaient sujettes à aucunes formes. Non seulement il n'était pas nécessaire qu'il en fût dressé un acte par écrit, il n'était pas même nécessaire qu'il y en eût une convention expresse; les parties étaient présumées être tacitement convenues de cette société, lorsque par an et jour elles avaient habité et vécu en commun.

Plusieurs Coutumes ont encore retenu l'usage de ces sociétés, qu'elles appellent *sociétés taisibles*; il y en a qui les présument par la seule cohabitation à pot commun par an et jour.

Celle de Berry, *tit.* 8, *art.* 10, veut, pour que cette société puisse se présumer, qu'outre l'habitation et les dépenses communes par an et jour, les parties se soient, pendant ce temps, fait communication de leurs pertes.

80. Hors ces Coutumes, qui ont admis par des dispositions expresses les sociétés taisibles, nous n'admettons plus dans notre jurisprudence d'autres sociétés taisibles que la communauté de biens qui se contracte par mariage entre homme et femme, et la continuation de communauté qui a lieu quelquefois, faute par le survivant d'avoir fait inventaire, dont nous traiterons dans notre *Traité du Contrat de Mariage*.

Cette jurisprudence est fondée sur l'Ordonnance de Moulins, *art.* 54, qui a ordonné que toutes les conventions dont l'objet excéderait cent livres, seraient rédigées par écrit, et que la preuve par témoins n'en serait pas admise.

Même dès avant l'Ordonnance de Moulins, plusieurs Coutumes avaient rejeté ces sociétés taisibles. L'ancienne Coutume d'Orléans, rédigée en 1509, *art.* 80, porte : « Société ne se contracte entre aucuns, qu'ils ne soient conjoints « par mariage, sinon qu'il y ait entre eux convention expresse; » et la nouvelle, conformément à l'Ordonnance de Moulins, a ajouté, *passée par écrit, présens notaires, ou sous leurs signatures; art.* 213.

81. Cet écrit, comme nous l'avons déjà dit, n'est requis que pour la preuve du contrat de société, dans le cas auquel l'une des parties en disconviendrait; mais le contrat de société, formé par le seul consentement des parties, quoiqu'il n'en ait été fait aucun écrit, ne laisse pas d'être valable en soi, et d'obliger les parties dans le for de la conscience, et même dans le for extérieur, lorsqu'elles en conviennent : on peut aussi déférer le serment décisoire à la partie qui n'en voudrait pas convenir.

Observez que l'acte de société, lorsqu'il n'est passé que sous les signatures privées des parties contractantes, n'établit qu'entre elles la preuve du contrat de société, et non vis-à-vis d'un tiers. C'est pourquoi la Coutume d'Orléans, en l'article ci-dessus cité, ajoute : « *Toutefois* où elle « ne serait passée devant notaires, elle ne pourra « préjudicier à autres qu'aux contractans. » Par exemple, je ne pourrais pas, en vertu d'un acte de société passé entre vous et moi sous nos seings-privés, prétendre contre vos créanciers particuliers qui ont saisi vos effets, qu'il y a une société entre nous dont lesdits effets dépendent, et sur lesquels j'ai privilége pour ce qui m'est dû par cette société. Cela est fondé sur le principe établi en notre *Traité des Obligations*, *n.* 750, que les actes sous signatures privées peuvent être antidatés, ne font pas foi de leurs dates contre des tiers, à moins que la date n'en eût été constatée, *putà*, par le décès de quelqu'une des parties qui auraient signé ces actes.

§ II. DE LA FORME REQUISE POUR LES SOCIÉTÉS DE COMMERCE.

82. L'Ordonnance de commerce de 1673, *tit.* 4, *art.* 1, veut que toute société générale ou en commandite, soit rédigée par écrit pardevant notaires, ou sous signature privée, et que la preuve n'en puisse être reçue contre et outre le contenu en l'acte, encore qu'il soit d'une valeur moindre de cent livres.

Elle ordonne en outre que l'extrait de l'acte de société soit enregistré au greffe du consulat; ou s'il n'y a point de consulat dans la ville, au greffe de l'hôtel-de-ville, ou à celui de la juridiction ordinaire, et qu'il soit inséré en un tableau exposé en un lieu public; *art.* 2.

Cet extrait doit contenir les noms, surnoms, qualités et demeures des associés, les clauses extraordinaires pour la signature des actes, s'il y en avait (*putà*, qu'il n'y aurait qu'un tel d'entre les associés qui pût signer les actes pour engager la société); le temps auquel devrait commencer et finir la société; *art.* 3.

Cet extrait doit être signé par les parties, ou par ceux qui *auraient souffert la société*, c'est-à-dire, par leurs fondés de procuration qui auraient consenti la société pour eux; *art.* 3. C'est l'explication que donne de ces termes Savary, qui avait dressé le projet de l'Ordonnance. Les actes portant changement d'associés ou de nouvelles clauses, sont assujettis par ordonnance aux mêmes formalités.

Ces formalités, comme nous l'apprend Savary, avaient été ordonnées pour obvier aux fraudes, et pour empêcher qu'en cas de faillite de quelqu'un des associés, les autres associés ne pussent se dérober à la connaissance des créanciers,

et éviter de payer les dettes de la société dont ils étaient tenus.

L'Ordonnance exige ces formalités, à peine de nullité des actes, tant entre les associés qu'avec leurs créanciers, *art.* 2; et elle veut que les sociétés n'aient d'effet à l'égard des associés, leurs veuves, héritiers et créanciers, que du jour de l'enregistrement; *art.* 6.

Quelque précises que soient les dispositions de l'Ordonnance, l'auteur des notes sur Bornier nous apprend que ces formalités d'enregistrement au greffe et d'affiche dans un tableau, sont tombées en désuétude, et ne s'observent plus.

§ III. DES SOCIÉTÉS PARTICULIÈRES QUI NE SONT PAS SOCIÉTÉS DE COMMERCE.

83. Les sociétés particulières, qui ne sont pas sociétés de commerce, ne sont sujettes qu'à la loi commune à toutes les conventions, qui veut qu'elles soient rédigées par écrit, et que la preuve testimoniale n'en puisse être reçue, lorsque l'objet excède la somme de cent livres.

C'est pourquoi, si la société était d'une chose particulière dont la valeur n'excédât pas cent livres, il ne serait pas nécessaire qu'il y en eût un acte par écrit.

CHAPITRE V.

Du droit qu'a chacun des associés dans les choses dépendantes de la société.

§ I. PRINCIPES GÉNÉRAUX.

PREMIÈRE MAXIME.

84. Chacun des associés peut se servir des choses appartenantes à la société, pourvu qu'il les fasse servir aux usages auxquels elles sont destinées, et qu'il n'en use pas de manière à empêcher ses associés d'en user à leur tour pareillement.

85. Néanmoins, si les choses étaient des choses destinées à être louées pour en tirer un revenu, et qu'il fût de l'intérêt de la société de les louer entières, il ne pourrait pas empêcher ses associés de les louer, et il ne pourrait s'en servir pour sa part, qu'en attendant qu'ils eussent trouvé à les louer.

Par exemple, s'il y a dans la société une maison à la ville, un associé ne serait pas recevable à s'opposer au bail à loyer que ses associés en voudraient faire à un étranger, en prétendant occuper une partie de cette maison, proportionnée à la part qu'il a dans la société, et en laissant le surplus de la maison à ses associés; il serait tenu de consentir le bail, ou de faire la condition meilleure, et de faire trouver un plus haut prix dans un court délai qui lui serait imparti.

Mais si c'était une maison qui ne fût pas destinée à être louée, *putà*, si c'était un château à la campagne, ou même une maison de ville qui aurait été, par une clause du contrat, mise dans la société pour servir à l'habitation des associés, un associé ne pourrait pas être empêché par ses associés d'en occuper une partie proportionnée à la part qu'il a dans la société.

Pareillement, si, parmi les effets de la société, il y avait un cheval destiné pour les voyages qu'il faut faire pour les affaires de la société, un associé ne pourrait pas être empêché, dans les temps où il n'y a pas de voyages à faire, de se servir du cheval pour se promener, en laissant à ses associés la faculté de s'en servir à leur tour, s'ils le jugeaient à propos.

SECONDE MAXIME.

86. Chacun des associés a le droit d'obliger ses associés à faire avec lui les impenses qui sont nécessaires pour la conservation des choses dépendantes de la société; *l.* 12, *ff. comm. div.*

Par exemple, si des bâtimens ont besoin de réparations, s'il y a une partie de vin dont les tonneaux aient besoin d'être reliés à neuf, chacun des associés peut obliger ses associés à concourir avec lui à faire ces réparations ou ces reliages, et pour cet effet, à consentir les marchés qu'il a projetés avec des ouvriers pour les faire, si mieux ils n'aiment dans un bref temps, tel que celui qui leur sera imparti par le juge, faire la condition meilleure, en faisant les ouvrages à meilleur compte. Les associés sont aussi obligés de concourir aux frais des ouvrages, pour les parts qu'ils ont dans la société.

TROISIÈME MAXIME.

87. Un associé ne peut faire aucun change-

ment ni innovation sur les héritages dépendans de la société, quand même cette innovation serait avantageuse à la société : *In re communi neminem dominorum quicquam facere invito altero posse. In re enim pari potiorem esse causam prohibentis; l. 28, ff. comm. divid.*

C'est pourquoi si l'un des associés, sans le consentement de ses associés, avait envoyé des ouvriers pour faire quelques bâtimens sur un terrain commun, les autres associés seraient bien fondés à l'empêcher, *quia ille qui facere conatur, quodammodo sibi alienum jus præripit, si quasi solus dominus ad suum arbitriam uti jure communi velit; l. 11, ff. si serv. vindic.*

88. Mais après que l'associé a achevé l'ouvrage qu'il a fait sur l'héritage commun, sans en avoir été empêché par ses associés, ils ne peuvent pas l'obliger de le démolir, mais seulement à indemniser la société du tort qu'elle en aurait souffert; à moins que la société n'eût un grand intérêt à ne pas laisser subsister l'ouvrage fait pendant l'absence et à l'insu des autres sociétés. C'est ce qu'enseigne Papinien : *Et si in communi prohiberi socius à socio, ne quid faciat, potest; ut tamen factum opus tollat cogi non potest, si quùm prohibere poterat, hoc prætermiserit : et ideò per communi dividundo actionem damnum sarciri poterit; sin facienti consensit, nec pro damno habet actionem. Quod si quid, absente socio, ad læsionem ejus facit, hoc etiam tollere cogitur; dict. leg. 28, ff. comm. div.*

QUATRIÈME MAXIME.

89. Un associé ne peut aliéner ni engager les choses dépendantes de la société, si ce n'est pour la part qu'il y a : *Nemo ex sociis plus parte sud potest alienare, etsi totorum bonorum socii sint; l. 68, ff. pro soc.*

Il ne le peut en sa seule qualité d'associé; mais le pourrait-il s'il était administrateur des biens de la société? Voyez *sur cette question ce qui en a été dit au chapitre précédent*, § 2.

90. Dans les sociétés de commerce, chacun des associés est censé s'être réciproquement donné le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre les affaires ordinaires; comme de vendre les marchandises, acheter, payer, et recevoir. En ce cas, ce que chacun fait est valable, même pour les parts de ses associés, sans qu'il ait pris leur consentement. Mais si, lors du marché que l'un des associés voudrait faire, et avant qu'il fût conclu, l'autre associé s'y opposait, il ne pourrait pas le conclure, suivant cette règle de droit déjà ci-dessus citée, *in re pari potiorem causam esse prohibentis constat; l. 28, ff. de comm. divid.*

Cette décision n'est pas contraire à ce que nous avons dit ci-dessus, *n.* 71, que celui des associés, qui, par le contrat de société, avait été nommé pour administrateur, pouvait faire tous actes d'administration qu'il jugerait à propos, malgré les autres associés. La raison de différence est, que, dans l'espèce opposée, les autres associés n'ont aucune part à l'administration, qu'ils ont déférée en entier à celui qu'ils ont choisi par le contrat pour être l'administrateur. Mais dans l'espèce présente, l'associé, qui s'oppose au marché, a un pouvoir égal pour administrer, à celui qu'a l'associé qui veut faire le marché. Ils sont l'un et l'autre également administrateurs de leur société; c'est pourquoi c'est le vrai cas de la règle, *in re pari potior causa prohibentis.*

§ II. SI UN ASSOCIÉ PEUT ASSOCIER UN TIERS A LA SOCIÉTÉ, OU SEULEMENT A LA PART QU'IL Y A, ET DE L'EFFET DE CETTE ASSOCIATION.

91. Chacun des associés n'ayant le droit de disposer des effets de la société que pour la part qu'il a dans cette société, c'est une conséquence qu'il peut bien, sans le consentement de ses associés, s'associer un tiers à la part qu'il a dans la société, mais qu'il ne peut pas, sans le consentement de ses associés, l'associer à la société.

C'est pourquoi, si, après avoir contracté avec vous une société, soit universelle, soit particulière, je juge à propos de m'associer un tiers, ce tiers sera mon associé à la part que j'ai dans la société que nous avons contractée ensemble. Mais n'ayant pas eu le droit de l'associer sans votre consentement à notre société, si ce n'est seulement pour la part que j'y ai, il ne sera pas votre associé. De là cette règle de droit : *Socii mei socius non meus socius est; l. 47, § fin. ff. de reg. jur. l. 20, ff. pro soc.*

92. De là il suit que si nous sommes plusieurs associés qui avons contracté une société ensemble, et que l'un de nous se soit depuis associé un tiers; si ce tiers a fait quelque gain, quoiqu'il provienne des effets de notre société, il n'est obligé d'en compter et d'en faire part qu'à celui qui se l'est associé, et non à nous qui ne sommes pas ses associés : *Quidquid fuerit ex societate nostrâ consecutus, cum illo, qui eum assumpsit, communicabit; nos cum eo non communicabimus; l. 21, ff. pro soc.*

Nous n'avons à cet égard aucune action contre ce tiers qui n'est pas notre associé, mais seulement contre notre associé, pour qu'il tienne compte à notre société de ce qu'il en a tiré pour mettre entre les mains de ce tiers.

93. Si ce tiers, que l'un de nos associés a mêlé dans les affaires de notre société, en l'associant

à la part qu'il y avait, a causé par sa faute quelque dommage à notre société, nous n'avons pas d'action directe contre ce tiers pour la réparation de ce dommage, puisqu'il n'est pas notre associé. Mais celui, qui se l'est associé, en est tenu envers nous, comme si c'était lui-même qui eût fait le dommage : car l'ayant mêlé dans les affaires de notre société en l'associant à la part qu'il y avait, il est tenu de ses faits, *factum ejus præstabitur societati; dict. leg.* 21; sauf à notre associé, qui s'est associé ce tiers, son action contre ce tiers, pour se faire rendre raison de la faute par lui commise : il peut même demander à exercer contre lui cette action avant que de défendre à la nôtre : *Certum est nihil vetare priùs inter eum qui admiserit et eum qui admissus fuerit societatis judicio agi, quàm agi incipiat inter cæteros et eum qui admiserit; l.* 22, ff. *dict. tit.*

Selon notre pratique française, sur l'action que nous donnerions contre notre associé pour le dommage causé par le tiers qu'il s'est associé, il pourrait demander à le mettre en cause.

Au reste, l'associé est tenu envers la société du dommage causé à la société par le tiers qu'il s'est associé pour la part qu'il y avait, quand même ce tiers serait insolvable, et qu'il ne pourrait en conséquence avoir de recours contre lui, car c'est sa faute de l'avoir mêlé dans les affaires de la société, en se l'associant : *Difficilè est negare culpâ ipsius admissum; l.* 23, ff. *dict. tit.*

Mais au moins l'associé, à qui on demande raison du dommage causé par ce tiers qu'il s'est associé, ne pourrait-il pas prétendre qu'il peut être compensé jusqu'à due concurrence avec les profits que ce tiers aurait d'ailleurs par son industrie causés à la société? Pomponius tenait l'affirmative, en quoi il est repris par Ulpien, qui dit qu'il n'y a pas lieu à cette compensation, et qu'il n'est pas recevable à dire à son associé qui lui demande raison du dommage causé par ce tiers : *Abstine commodo, si damnum petis.* Il ajoute que l'empereur Marc-Aurèle l'avait ainsi jugé dans une affaire semblable; *dict. leg.* 23, § 1. La raison est, que le fait de ce tiers, que l'un des associés s'est associé et qu'il a mêlé dans les affaires de la société, doit être regardé comme son fait propre, soit pour le profit, soit pour le dommage, puisque c'est lui qui l'a préposé. Or si cet associé, par son fait propre, avait causé un dommage à la société, il ne pourrait pas opposer en compensation de la réparation qu'il en doit, le profit qu'il a d'ailleurs causé à la société par son fait et son industrie, comme nous le verrons au chapitre suivant.

94. Il nous reste à observer que lorsque quelqu'un, qui est en société avec plusieurs autres, s'est associé un tiers pour la part qu'il a dans une société, dans le compte que lui et ce tiers auront à se rendre l'un à l'autre, de même que ce tiers sera tenu de lui faire raison des dommages qu'il aura causés par sa faute aux biens de la société, parce que cet associé en est tenu envers ses associés; de même cet associé sera tenu de faire raison à ce tiers, non seulement du dommage causé par sa propre faute, mais de celui causé par celle de ses associés dans les biens de la société, pour la part que ce tiers en souffre, parce que l'action, que cet associé a pour raison de ce dommage contre ses associés qui l'ont causé, est une action dépendante du droit qu'il a pour sa part en la société, à laquelle part il a associé ce tiers, et qui tombe par conséquent dans la société particulière qu'il a contractée avec ce tiers. C'est ce qu'enseigne Gaïus en la loi 22, ff. *pro soc. Ex contrario factum quoque sociorum debet ei præstare, sicuti suum, quia ipse adversus eos habet actionem.*

95. Ce que nous avons dit jusqu'à présent, qu'un associé ne pouvait pas associer un tiers à la société, sans le consentement de ses associés, doit avoir lieu, quand même cet associé aurait l'administration des biens de la société; car c'est une chose qui me paraît passer les bornes d'une simple administration des biens de la société, que de donner à ses associés un associé qu'ils n'ont pas choisi eux-mêmes. Si le survivant de deux conjoints par mariage a ce pouvoir à l'égard de la société qu'il a contractée par défaut d'inventaire, comme nous le verrons en notre *Traité du Mariage*, c'est que son administration n'est pas une simple administration, mais une administation *cum liberâ* et sans bornes.

CHAPITRE VI.

Des dettes des sociétés; et comment chacun des associés en est tenu.

Il faut, à cet égard, distinguer les sociétés de commerce, et celles qui ne sont pas sociétés de commerce; et entre les sociétés de commerce, celles qu'on appelle *sociétés en nom collectif*, et celles qu'on appelle *sociétés en commandite*, *et sociétés anonymes.*

§ I. DES DETTES DES SOCIÉTÉS EN NOM COLLECTIF.

96. Dans les sociétés de commerce en nom collectif, chacun des associés est tenu solidairement des dettes de la société; *Ordonnance de* 1673, *tit.* 4, *art.* 7.

Cette disposition de l'Ordonnance est une exception au principe général de droit, suivant lequel, lorsque plusieurs personnes contractent ensemble une obligation, elles sont censées ne la contracter chacune que pour leur part, si elles n'ont pas expressément déclaré qu'elles la contractent solidairement; *l.* 11, § 2, *de duobus reis.*

Cette exception est fondée sur la faveur du commerce, afin que les marchands en société aient plus de crédit. Elle est fondée aussi sur ce que, suivant les principes de notre droit français, différent en cela de ceux du droit romain en la loi 4, ff. *de exerc. act.*, des commerçans associés sont censés être les instituteurs et les préposés les uns des autres pour les affaires de la société. Or un instituteur ou préposé, en contractant, oblige solidairement tous ses commettans; *l.* 1, § *fin et l.* 2, ff. *de exerc. act.*; *l.* 13, § 2, ff. *de inst. act.*

A l'égard des héritiers d'un associé, ils sont bien tenus tous ensemble des dettes de la société pour le total, comme représentans tous ensemble le défunt qui en était tenu pour le total; mais chacun d'eux n'en est tenu que pour la part pour laquelle il est héritier du défunt.

97. Pour qu'une dette soit réputée dette de la société, et qu'elle oblige ainsi solidairement chacun des associés, il faut que deux choses concourent; 1° qu'elle ait été contractée par quelqu'un qui eût le pouvoir d'obliger tous les associés; 2° qu'elle ait été contractée au nom de la société.

PREMIÈRE CONDITION.

98. Pour qu'une dette soit une dette de société, qui oblige tous les associés, il faut que celui, qui l'a contractée, ait le pouvoir d'obliger tous les associés.

Pour que l'un des associés ait ce pouvoir, il faut, ou que ses associés lui aient donné expressément ou tacitement le pouvoir d'administrer les affaires de la société, ou que celui, qui a contracté avec lui, ait eu sujet de croire qu'il avait ce pouvoir; sans cela, la dette par lui contractée, quoiqu'au nom de la société, et pour les affaires de la société, n'oblige les autres associés que jusqu'à concurrence de ce que la société en a profité.

Pour que le public pût connaître si un associé avait ce droit, l'Ordonnance avait sagement prescrit l'enregistrement au greffe et l'inscription en lieu public d'un extrait des contrats de société, lequel extrait contiendrait les clauses du contrat de société qui pouvaient intéresser le public, comme nous l'avons vu *suprà*, *ch.* 4.

Si cette disposition était observée, il serait facile à ceux qui contractent avec une personne qui se dit en société avec d'autres, de connaître, en consultant cet extrait, si elle a eu non le pouvoir d'administrer la société et d'obliger ses associés; et ceux, qui auraient contracté avec une personne qui n'avait pas ce pouvoir, devraient s'imputer leur faute de ne s'en être pas informés.

Cette disposition de l'Ordonnance étant tombée en désuétude, comme nous l'avons vu ci-dessus, comment puis-je connaître qu'un associé, avec qui je contracte, a le pouvoir d'administrer les affaires de la société? et quand puis-je être censé avoir eu sujet de croire qu'il avait ce pouvoir?

Lorsque cet associé, avec qui j'ai contracté, était déjà dans l'usage de contracter au nom de la société au vu et su de ses associés, il n'est pas douteux, en ce cas, que cet usage dans lequel il était, me donnait un juste sujet de croire qu'il avait le pouvoir d'administrer les affaires de la société. C'est pourquoi, la dette qu'il a contractée envers moi par ce contrat, oblige ses associés,

quand même il aurait été formellement exclus de l'administration par une clause du contrat de société; car s'ils ne sont pas obligés, en ce cas, en vertu d'un pouvoir qu'ils lui avaient donné de contracter pour la société, ils le sont *ex dolosâ suâ dissimulatione;* ou même sans les accuser de dol, on peut dire qu'en le laissant contracter au nom de la société à leur vu et su, ils doivent être présumés lui en avoir tacitement accordé le pouvoir, qu'ils lui avaient d'abord refusé par le contrat de société.

Il y a plus de difficulté dans le cas auquel l'associé, qui a contracté au nom de la société, n'était pas encore en usage de le faire, et était effectivement exclus par le contrat de société de pouvoir administrer les affaires de la société.

D'un côté, on peut dire contre celui qui a contracté avec lui, qu'il devait s'informer si cet associé, avec qui il contractait, avait le pouvoir d'administrer les affaires de la société : *Qui cum aliquo contrahit, debet esse gnarus conditionis ejus cum quo contrahit; l.* 19, ff. *de reg. jur.* D'un autre côté on peut dire que l'Ordonnance de 1673, en disant que *tous associés seront obligés aux dettes de la société, encore qu'il n'y en ait qu'un qui ait signé, au cas qu'il ait signé pour la compagnie,* et ne distinguant point s'il a ou non le pouvoir d'administrer, paraît supposer que chacun des associés doit être présumé avoir ce pouvoir, tant que le contraire n'est pas connu. La raison est, qu'étant d'usage dans les sociétés de commerce, que les associés se donnent réciproquement le pouvoir de contracter et de faire les affaires de la société les uns pour les autres, celui, qui a contracté avec l'un des associés, a eu un juste sujet de croire que cet associé avait ce pouvoir, lorsque la clause du contrat de société, qui lui ôte ce pouvoir, ne lui était pas connue, ni dans le public.

Cette clause étant une clause extraordinaire et qui intéresse le public, les associés devaient la rendre publique, suivant que l'exige l'Ordonnance; faute de l'avoir fait, la clause doit être de nul effet vis-à-vis des tiers, et ils doivent être tenus des contrats faits par leur associé, quoiqu'il fût privé de l'administration par une clause de la société, de même que s'il avait eu le pouvoir d'administrer : la clause qui lui ôte ce pouvoir, était de nul effet vis-à-vis les tiers, par les raisons ci-dessus dites.

99. Non seulement l'un des associés a le pouvoir, en contractant, d'obliger solidairement tous ses associés; un facteur ou institeur, qui a été préposé par tous les associés à l'administration des affaires de la société, quoiqu'il ne soit pas associé, a le pouvoir pareillement d'obliger solidairement tous ses commettans, suivant les principes que nous avons établis en notre *Traité des Obligations, part.* 2, *chap.* 6, *sect.* 8, *art.* 2.

DEUXIÈME CONDITION.

100. Quelque pouvoir qu'ait l'un des associés, pour que la dette qu'il a contractée oblige les autres associés, il faut qu'elles aient été contractées au nom de la société.

L'ordonnance de 1673, *tit.* 4, *art.* 7, déclare quand elle doit être censée contractée au nom de la société : c'est, dit l'Ordonnance, lorsque l'associé ajoute à sa signature, qu'il signe *pour la compagnie, et non autrement.*

101. Lorsque la dette a été contractée au nom de la société, elle oblige tous les associés, quand même la dette n'aurait aucunement tourné au profit de la société : par exemple, si l'un des associés a emprunté une somme au nom de la société, quoiqu'il ait employé cette somme à ses affaires particulières, et non à celles de la société, le créancier, qui a son billet signé *et compagnie,* peut en demander le paiement à tous les associés; car ce créancier ne pouvait pas prévoir l'emploi que l'associé ferait de la somme qu'il lui a prêtée pour la société : les associés doivent s'imputer de s'être associés à un associé infidèle, de même qu'en pareil cas un commettant doit s'imputer d'avoir préposé à ses affaires une personne infidèle; *l.* 1, § 9, ff. *de exercit. act.*

Mais si, par la qualité du contrat que j'ai fait avec une personne qui était en société de commerce avec d'autres, il paraissait que l'objet du contrat ne concernait pas les affaires de la société; comme si ce contrat était un marché pour des ouvrages à faire à une maison que la personne possédait hors la société; quoiqu'elle ait signé à ce marché, *et compagnie,* cette dette ne sera pas pour cela réputée une dette de société, paraissant, par ce qui en faisait l'objet, qu'elle ne concerne pas les affaires de la société.

Au contraire, lorsque l'un des associés ne paraît pas avoir contracté au nom de la société, mais en son nom seul; quoique le contrat ait tourné au profit de la société; *putà,* si ayant emprunté en son nom seul une somme d'argent pour ses affaires, il l'a employée aux affaires de la société; celui, qui a contracté avec cet associé, n'aura pas pour cela d'action contre les autres associés : car, selon les principes de droit, un créancier n'a d'action que contre celui avec qui il a contracté, et non contre ceux qui ont profité du contrat; *l.* 15, *Cod. si certum petatur, et passim :* le créancier n'a, à l'égard des autres associés, que la voie de saisir en leurs mains ce qu'ils doivent à son débiteur pour raison de cette affaire.

§ II. DES DETTES DES SOCIÉTÉS EN COMMANDITE, ET DES SOCIÉTÉS ANONYMES.

102. Dans les sociétés en commandite, n'y ayant que l'associé principal, et dans les sociétés anonymes, n'y ayant que l'associé connu qui fasse seul et en son nom les contrats de la société, c'est une conséquence qu'il n'y a que lui seul qui s'oblige, et que les associés en commandite, de même que les associés inconnus, ne sont point tenus des dettes de la société envers les créanciers avec qui l'associé principal ou connu a contracté, suivant les principes établis *suprà*, *n.* 101. Ils n'en sont tenus qu'envers leur associé principal et connu qui les a contractées; ils doivent l'en acquitter chacun pour la part qu'il a en la société; savoir l'associé anonyme indéfiniment, et l'associé en commandite, seulement jusqu'à concurrence du fonds qu'il a mis dans la société.

§ III. DES DETTES DES SOCIÉTÉS QUI NE SONT PAS SOCIÉTÉS DE COMMERCE.

103. L'Ordonnance de 1673 ayant été rendue pour le fait du commerce, qui paraît être l'objet de toutes ses dispositions, on ne peut guère douter que son titre *des sociétés* ne concerne que les sociétés de commerce : c'est pourquoi ce qui est dit, que les associés sont tenus solidairement des dettes de la société, ne doit avoir lieu qu'à l'égard de ces sociétés. Cette solidité étant une exception au droit commun, et étant fondée sur une raison qui est particulière aux sociétés de commerce, *suprà*, *n.* 96, ne doit pas s'étendre aux autres; et lorsque deux associés (qui ne le sont pas pour un commerce) contractent, quoique pour les affaires de leur société, ils ne s'obligent pas solidairement envers le créancier, mais seulement chacun pour sa part, à moins que la solidité ne soit exprimée.

104. Est-ce pour leur part virile, ou pour celle que chacun a dans la société? Il faut dire que lorsqu'ils ne s'en sont pas expliqués, c'est pour leur part virile, le créancier, avec qui ils ont contracté, n'étant pas obligé de savoir quelle part ils ont chacun dans leur société. Par exemple, supposons que deux voisins à Paris conviennent d'acheter à frais communs un carrosse et des chevaux, et d'entretenir l'équipage à frais communs, pour s'en servir l'un et l'autre dans Paris : c'est une société de cet équipage qu'ils contractent ensemble, c'est une société *unius rei*, qui n'est pas une société de commerce. Si, durant cette société, ils font un marché avec une personne qui leur vend une certaine quantité de foin pour un certain prix qu'ils s'obligent l'un et l'autre de payer dans un certain terme; quoiqu'ils soient associés, et que cette dette, qu'ils ont contractée pour le prix du foin qui doit servir à la nourriture des chevaux de leur équipage commun, soit une dette contractée pour les affaires de la société, néanmoins leur société n'étant pas une société de commerce, ils ne devront le prix du foin à celui qui le leur a vendu, chacun que pour moitié, si, par le marché, il n'y a pas de solidité exprimée.

Mais quand même, par leur contrat de société, ils seraient convenus que l'un des deux, qui se servait plus rarement que l'autre de l'équipage, n'y serait de part que pour un tiers, chacun d'eux ne laisserait pas d'être tenu pour la moitié du prix du foin envers le vendeur du foin, qui l'a vendu à l'un et à l'autre; sauf à celui, qui n'est associé que pour un tiers, à se faire faire raison par son associé de ce qu'il paiera de plus que le tiers.

105. Lorsque la dette n'a été contractée que par l'un des associés, il n'y a que celui qui l'a contractée qui en est tenu envers le créancier, sauf à lui à s'en faire faire raison par son associé.

Cela aurait lieu, quand même, par le contrat, il aurait exprimé qu'il contractait pour le compte de la société, tant en son nom qu'au nom de son associé : la disposition de l'Ordonnance de 1673, qui porte qu'un associé oblige en ce cas ses associés, ne concerne que les sociétés de commerce. Si néanmoins il était justifié, ou que son associé lui avait donné effectivement pouvoir, ou que la dette eût tourné au profit de la société, l'autre associé serait tenu de la dette envers le créancier, pour la part qu'il a dans la société.

Lorsque c'est en son nom seul que l'un des associés a contracté, il n'est pas douteux, en ce cas, qu'il est seul obligé envers le créancier avec qui il a contracté, de même que nous l'avons vu à l'égard des sociétés de commerce, *suprà*, *n.* 101; sauf à lui à se faire indemniser de cette dette par ses associés pour la part qu'ils en doivent porter, lorsqu'elle a tourné au profit de la société.

106. A l'égard des sociétés universelles, il faut décider pareillement que ces associés, qui ne sont point associés de commerce, lorsqu'ils contractent ensemble, ne s'obligent envers le créancier avec qui ils contractent, que chacun pour leur part, comme nous l'avons vu à l'égard des sociétés particulières qui ne sont pas sociétés de commerce. Mais dans ces sociétés universelles, chacun des associés ne pouvant contracter pour son profit particulier, est facilement présumé, lorsqu'il contracte, quoique seul, contracter au nom de la société; et il oblige par conséquent ses associés, chacun pour la part qu'il a dans la société.

107. Sur la manière dont chacun des associés est tenu dans l'espèce de société universelle qui a lieu entre mari et femme, et dans celle que le survivant de deux conjoints par mariage contracte faute d'inventaire, voyez ce que nous avons dit en notre Introduction au Titre de la Communauté, *chap.* 7; et dans celle au Titre de la Société, *sect.* 1, § 7, *et sect.* 2, § 6.

CHAPITRE VII.

Des obligations respectives des associés; et de l'action pro socio.

108. Le contrat de société forme entre les associés, qui sont les parties contractantes, des obligations réciproques, d'où naît l'action appelée en droit *pro socio*, qu'a chaque associé contre ses associés pour en exiger l'accomplissement.

Les principaux objets de ces obligations sont, 1° que chaque associé est obligé envers ses associés de faire raison à la société de tout ce qu'il doit à la société, déduction faite de ce qui lui est dû par la société; 2° en ce que chaque associé est obligé de faire raison, pour la part qu'il a dans la société, de ce qui est dû à ses associés par la société, déduction faite de ce que lesdits associés créanciers de ladite société doivent à la société. Nous traiterons dans les deux premiers articles de ce chapitre, de ces deux principaux objets : nous rapporterons, dans un troisième, quelques autres objets des obligations que les associés contractent les uns envers les autres : enfin nous traiterons, dans le quatrième, de l'action *pro socio*, qui naît de ces obligations.

ARTICLE PREMIER.

Des différentes choses que chacun des associés peut devoir à la société, et dont il est obligé de faire raison à ses associés.

109. Ces différentes choses sont, 1° ce que chacun des associés a promis, par le contrat de société, d'apporter à la société, tant qu'il ne l'y a pas encore apporté; 2° ce que chacun d'eux a tiré du fonds commun pour ses affaires particulières; 3° la réparation du tort qu'il a causé par sa faute dans les biens ou dans les affaires de la société.

§ I. DE CE QU'UN ASSOCIÉ A PROMIS D'APPORTER A LA SOCIÉTÉ.

110. Il est évident que chacun des associés est débiteur à la société de tout ce qu'il a promis d'y apporter.

Mais lorsque les choses, qu'il a promis d'y apporter, sont des corps certains et déterminés; si ces choses viennent à périr sans la faute de cet associé, et avant qu'il ait été constitué en demeure par son associé de les apporter à la société, il est quitte de son obligation, de même que s'il les avait apportées. Cela est conforme aux principes de droit établis en notre *Traité des Obligations*, *part.* 3, *ch.* 6, suivant lesquels, dans toutes les dettes de corps certain, la chose due est aux risques du créancier à qui elle est due, et le débiteur est libéré lorsqu'elle périt sans sa faute, et avant qu'il ait été mis en demeure de la payer.

Ceci s'éclaircira par un exemple. Jacques a proposé à Pierre, marchand de vin en détail, son ami, de l'associer à son commerce de vin : en conséquence ils ont passé un contrat de société, à laquelle Pierre a apporté cent pièces de vin qu'il avait dans sa cave. Jacques, de son côté, a promis d'y apporter et de faire conduire dans la cave de Pierre cent autres pièces de vin, provenant de sa récolte d'une certaine maison de vignes dudit Jacques, qui étaient encore dans le cellier de cette maison, où Pierre les a goûtées; et les parties sont convenues de partager par moitié la somme qui proviendrait de cette société, déduction préalablement faite des frais, et d'une certaine somme convenue que Pierre prélèverait pour ses peines. Depuis, avant que Jacques ait été mis en demeure de faire voiturer dans la cave de la société les cent pièces de vin, le feu du ciel est tombé sur le cellier où elles étaient, et en a consumé la plus grande partie. Cette perte survenue par une force majeure, sans la faute de Jacques, et avant qu'il ait été mis en demeure, doit tomber sur la société, et non sur Jacques seul, qui, en faisant conduire dans la cave de la société ce qui est échappé au tonnerre, est quitte de son obligation, comme s'il y avait fait conduire le total.

Mais si cet accident du feu du ciel n'est arrivé que depuis que Jacques a été mis en demeure,

par une sommation judiciaire que lui a faite Pierre, de faire conduire dans la cave de la société les cent pièces de vin qu'il s'était obligé d'y faire conduire, la perte, en ce cas, ne doit pas tomber sur la société, qui ne doit pas souffrir de la demeure injuste de Jacques; et nonobstant l'accident qui est arrivé, Jacques demeure débiteur envers la société des cent pièces de vin qu'il a promis d'y apporter; voyez notre *Traité des Obligations*, n. 649.

111. Ce n'est que par forme de dédommagement du tort que l'associé a causé à la société par la demeure en laquelle il a été d'apporter à la société les choses qu'il avait promis d'y apporter, qu'il demeure débiteur de ces choses, quoique péries par force majeure. C'est pourquoi il n'en doit demeurer débiteur que dans le cas auquel la chose, ou ne fût pas périe du tout, ou ne fût périe qu'après que la société aurait eu le temps de la revendre, s'il n'eût pas été en demeure de satisfaire à son obligation; comme dans l'espèce précédente, dans laquelle les cent pièces de vin, que le feu du ciel a consumées dans le cellier de Jacques, ne seraient pas péries si elles ne s'y fussent pas trouvées, et qu'elles eussent été dans la cave de la société, où Jacques a été mis en demeure de les faire conduire.

Mais si la perte des corps certains qu'un associé a promis d'apporter à la société, quoique survenue depuis la demeure en laquelle il a été de les y apporter, est une perte que la société eût également soufferte, quand même cet associé aurait satisfait à son obligation; la société, en ce cas, ne souffrant pas de la demeure, la perte de la chose ne doit pas, en ce cas, tomber sur cet associé seul, mais sur la société à qui elle était due. Par exemple, si j'ai contracté avec plusieurs personnes un commerce de société pour un commerce de raffinerie de sucre, à laquelle, entre autres choses, j'ai promis de fournir un certain magasin à moi appartenant, pour être commun en propriété à tous les associés, et que, depuis que j'ai été mis en demeure d'en délivrer les clefs à l'administrateur de la société, ce magasin ait été incendié par le feu du ciel; cette perte, quoiqu'arrivée depuis ma demeure de satisfaire à mon obligation, tombera sur la société, qui l'eût également soufferte si j'y eusse satisfait; et je serai quitte de mon obligation en mettant la société en possession de la place et des matériaux qui en sont restés, pour que le magasin soit rebâti aux dépens de la société.

112. Tout ce qui vient d'être dit sur l'extinction des choses qu'un associé a promis d'apporter à la société, ne reçoit d'application que lorsque ces choses sont des corps certains et déterminés.

Mais lorsque ce qu'un associé a promis d'apporter à la société, est une certaine somme d'argent, ou une certaine quantité de blé, de vin, etc., ou des corps indéterminés, comme tant de vaches, sans déterminer lesquelles; il est évident qu'il ne peut y avoir lieu à ces questions, ne pouvant pas y avoir d'extinction de ce qui est indéterminé; *genus nunquam perit*. Voyez notre *Traité des Obligations*, n. 658.

Ceci sert à décider l'espèce suivante. Nous avons contracté une société pour aller acheter, en différentes provinces, certaines marchandises que nous ferions venir ici pour les y revendre, et nous sommes convenus d'apporter chacun mille écus dans cette société. Si, avant d'exécuter cette convention, des voleurs ont forcé votre coffre-fort, et vous y ont volé une somme de mille écus que vous destiniez pour la société, cette perte ne tombera pas sur la société; car ces deniers, qui vous ont été volés, non seulement n'appartenaient pas à la société, mais on ne peut même dire que c'était précisément de ces deniers qui ont été volés, que vous étiez débiteur envers la société. C'est pourquoi le vol, qui vous en a été fait, ne peut vous procurer la libération de la somme de mille écus que vous avez promis d'apporter à la société. Mais si étant parti pour aller en marchandises, en exécution du contrat de société, vous avez pris cette somme sur vous, et qu'on vous l'ait volée en chemin, la perte tombera sur la société; car vous êtes censé avoir payé à la société la somme de mille écus que vous lui deviez, en emportant avec vous ces deniers pour le voyage que vous faisiez en exécution de la société : ces deniers sont par là devenus les deniers de la société, dont le vol doit par conséquent tomber sur la société. *Celsus tractat : Si pecuniam contulissemus ad mercem emendam, et meo pecunia periisset, cui perierit eo? Et ait : Si post collationem evenit ut periret, quod non fieret nisi societas coita esset, utrique perire; ut putà, si pecunia quùm peregrè portaretur ad mercem emendam periit : si verò ante collationem, postquàm eam destinasses, tunc periit, nihil eo nomine consequeris, inquit, quia non societati periit; l.* 58, § 1, ff. *pro soc.*

113. Quoiqu'un associé ait apporté à la société les choses qu'il avait promis d'y apporter; si, depuis, la société en a été évincée, il en demeure débiteur, comme s'il ne les y eût pas apportées; *arg. l.* 3, ff. *de act. empt.* : car le contrat de société étant, de même que le contrat de vente, un contrat commutatif, l'associé, qui, par le contrat de société, promet d'apporter à la société quelque corps certain et déterminé, contracte envers la société la même obligation de garantie, en cas d'éviction de ce corps certain qu'il a apporté à la société, qu'un vendeur contracte envers l'acheteur. *Voyez* ce que nous

en avons dit en notre *Traité du Contrat de Vente*, *part*. 2, *ch*. 1, *sect*. 2, 3 et 4.

114. Dans les sociétés universelles de tous les biens, il n'y a pas lieu à la garantie en cas d'éviction de quelqu'un des héritages dont l'un des associés était possesseur lors du contrat de société; car dans ces sociétés, c'est l'universalité de ses biens, et non aucun héritage déterminé, que chaque associé s'oblige d'apporter à la société.

115. Lorsque les choses, qu'un associé a promis d'apporter à la société, sont des choses frugifères, il est débiteur à la société non seulement de ces choses, mais de tous les fruits qu'il en a perçus depuis qu'elles eussent dû être apportées à la société : *In societatibus fructus communicandi sunt ; l.* 38, § 9, ff. *de usur.*

Tant qu'il n'a pas été mis en demeure d'apporter à la société ces choses qu'il a promis d'y apporter, il n'est tenu de faire raison à la société que des fruits de ces choses qu'il a perçus. Mais depuis qu'il a été mis en demeure de les y apporter, il est tenu même de ceux qu'il n'a pas perçus, et que la société eût pu percevoir : car c'est un effet de la demeure, d'obliger le débiteur à indemniser son créancier de tout ce que le créancier a souffert de la demeure.

116. Lorsque la chose, qu'un associé a promis d'apporter en société, est une somme d'argent, l'associé en doit les intérêts à la société, du jour qu'il a été mis en demeure par ses associés de l'y apporter, de même que tout autre débiteur.

117. Lorsque ce ne sont pas les choses mêmes que l'associé a promis d'apporter à la société, mais seulement la jouissance de ces choses, il est évident qu'il n'est pas, en ce cas, débiteur à la société de ces choses; mais il est seulement débiteur des fruits ou des intérêts, suivant les distinctions ci-dessus rapportées.

§ II. DE CE QUE CHACUN DES ASSOCIÉS A PERÇU OU FONDS COMMUN.

118. Chacun des associés doit rapporter à la masse commune tout ce qu'il a perçu du fonds commun, et il en est par conséquent débiteur envers la société.

Par exemple, si l'un des associés a tiré de la caisse de la société quelque somme d'argent pour l'employer à ses affaires particulières, il n'est pas douteux qu'il est débiteur de cette somme envers la société.

119. Il en doit aussi les intérêts, suivant la loi 1, § 1, ff. *de usur. Socius si pecuniam communem invaserit, vel in suos usus converterit, omnimodò, etiam morâ non interveniente, præstabuntur usuræ.*

Dans les sociétés universelles dans lesquelles tombent tous les revenus des biens de chacun des associés, quoiqu'ils ne soient pas communs quant à la propriété, telle qu'est celle qui a lieu entre des conjoints par mariage, les intérêts des sommes que l'un des associés a prises dans la caisse commune pour ses affaires particulières, ne commencent à courir que du jour de la dissolution de la communauté : tant qu'elle dure, il se fait une confusion de ces intérêts, qui sont une charge des revenus des biens de cet associé qui tombent dans la société.

120. Chacun des associés s'obligeant réciproquement d'apporter à la société son industrie, l'industrie de chacun des associés devient un fonds commun, et tous les gains que chacun d'eux a faits par son industrie, doivent être comptés et rapportés à la masse commune.

Dans les sociétés universelles, chacun des associés doit compter à la société de tous les gains honnêtes qu'il a faits par son industrie, de quelque espèce d'industrie qu'ils proviennent; mais dans les sociétés particulières, chaque associé n'étant censé promettre d'apporter à la société que l'espèce d'industrie qui a rapport à l'objet de la société, il ne doit compter à la société que des gains qui proviennent de cette espèce d'industrie, et non de ceux qui proviendraient d'une autre espèce d'industrie qu'il aurait. Par exemple, si deux cordonniers ont contracté ensemble une société de leur art pour un certain temps, chacun de ces associés sera tenu de compter à la société de tous les gains qu'il aura faits de son art de cordonnier. Mais si l'un d'eux avait le talent d'enseigner à chanter à des oiseaux, il ne sera pas obligé de compter à la société des gains qu'il aura faits en enseignant à chanter à des oiseaux pendant qu'il travaillait, parce que ce n'est pas cette espèce d'industrie, mais seulement celle qui est relative à son art de cordonnier, qu'il a promis d'apporter à la société.

121. Lorsque l'un des associés a en son particulier une créance contre un débiteur qui l'est aussi de la société, il doit imputer ce qu'il reçoit de ce débiteur sur la créance de la société et sur la sienne, par proportion de l'objet de chaque créance. Par exemple, si la société était créancière de Pierre d'une somme de 2,000 liv., et que l'un des associés fût en son particulier créancier du même Pierre d'une autre somme de 1,000 livres, la créance de la société étant double de la créance particulière de cet associé, il doit compter à la société des deux tiers de ce qu'il aura reçu de Pierre, étant censé avoir reçu ces deux tiers sur la dette de la société : ce qui doit avoir lieu, quand même, par les quittances qu'il en aurait données, il aurait fait l'imputation en entier sur sa créance particulière; car devant aux affaires de la société le même soin qu'à sa propre affaire, il ne lui est pas permis de se

faire payer de sa créance préférablement à celle de la société.

122. Lorsque l'un des associés s'est fait payer par un débiteur de la société de sa part entière qui lui revenait dans cette dette, et lui en a donné quittance pour sa part; si, ce débiteur, étant depuis devenu insolvable, l'autre associé n'a pu être payé entièrement de la sienne, l'associé, qui a reçu sa part entière, sera-t-il tenu de rapporter à la masse commune ce qu'il a reçu de plus que lui? Pour la négative, on dira que ce que cet associé a reçu du débiteur de la société ne lui provient pas du fonds commun, mais de sa part qu'il avait dans un des effets de la société: *Non de medio tulit, sed tantummodò quod sibi pro parte socii debebatur recepit;* l'autre associé doit s'imputer de n'avoir pas été aussi vigilant que lui à exiger la sienne.

Nonobstant ces raisons, Ulpien, en la loi 63, § 5, ff. *pro soc.*, décide que celui des associés, qui a reçu sa part entière, doit rapporter à la masse commune ce qu'il a reçu de plus que l'autre associé. *quasi iniquum sit ex eâdem societate alium plus, alium minus consequi.*

Cela paraît contraire à ce qui est décidé entre cohéritiers en la loi 38, ff. *fam. erc.;* mais il n'y a aucune parité entre les deux espèces. En supposant, dans l'espèce de cette loi 63, que les associés avaient un pouvoir réciproque (comme il est assez ordinaire) de faire l'un pour l'autre les affaires de la société, et de faire l'un pour l'autre payer les débiteurs: en ce cas, cet associé doit rapporter à la masse commune ce qu'il a reçu de ce débiteur, parce que, devant l'exiger pour le compte de la société, il n'a pas dû préférer son intérêt particulier à celui de la société. Dans l'espèce de la loi 38, les cohéritiers n'avaient pas contracté entre eux un pareil engagement.

Par la même raison, si un des associés trouvant une occasion de vendre avantageusement des marchandises de la société, au lieu de faire le marché pour le compte de la société, l'a fait pour son compte particulier, en vendant sa part dans les marchandises de la société, il sera obligé de rapporter à la masse commune ce qu'il a vendu de plus sa part, que l'autre associé n'a vendu la sienne.

Il en serait autrement, si l'un des associés avait vendu sa part dans une chose de la société qui n'était pas destinée à être vendue pour le profit de la société: quoique l'autre associé eût vendu la sienne moins que lui, il ne serait pas obligé à lui faire raison de ce qu'il l'a vendue plus que lui.

123. Chacun des associés n'est tenu de rapporter à la masse commune que les gains qui lui proviennent de la société, et non pas ceux dont la société n'a été que la cause occasionnelle. Par exemple, si l'un des associés, en faisant les affaires de la société, a fait connaissance avec une personne riche et bienfaisante, qu'il n'aurait pas connue sans cela, et que cette personne, dont il a gagné l'amitié, lui ait fait quelque donation ou quelque legs, il ne sera pas obligé de rapporter à la masse commune ce don ou ce legs, quoique la société en ait été la cause occasionnelle: *Sed nec compendium quod propter societatem ei contigisset, veniret in medium; veluti si propter societatem heres fuisset institutus, aut quid ei donatum esset; l.* 60, ff. § 1, *pro soc.*

§ III. DU DOMMAGE QU'UN ASSOCIÉ A CAUSÉ A LA SOCIÉTÉ.

124. Entre les choses dont un associé peut être débiteur à la société, on doit comprendre les sommes auxquelles monte l'estimation des dommages qu'il a causés par sa faute dans les effets ou dans les affaires de la société.

Chacun des associés n'est tenu, à cet égard, que de la faute ordinaire, et non de la faute la plus légère. On ne peut exiger de lui que le soin dont il est capable, et qu'il apporte à ses propres affaires: s'il n'a pas la même prévoyance qu'ont dans leurs affaires les plus habiles pères de famille, ses associés ne doivent pas lui imputer ce défaut, mais plutôt s'imputer à eux-mêmes de s'être associé avec lui: *Culpa non ad exactissimam diligentiam redigenda est; sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet; quia qui parùm diligentem sibi socium acquirit, de se queri debet; dict. leg.* 72, ff. *pro soc.*

Au reste, un associé est tenu même des fautes d'omission, comme si, par exemple, par une faute inexcusable, il a manqué de faire un achat avantageux à la société: *Si qui societatem ad emendum coierint, deinque res alterius dolo vel culpâ empta non sit, pro socio esse actionem constat; l.* 52, § 11, ff. *dict. tit.*

Un associé pourrait-il s'excuser même de la négligence crasse, s'il était constant qu'il apporte cette négligence à ses propres affaires? Non. Si on n'exige pas d'un associé, pour les affaires de la société, le soin le plus exact qu'ont dans leurs affaires les plus habiles pères de famille, c'est qu'il peut n'être pas capable de ce soin. Mais chacun est présumé capable du soin ordinaire qu'apportent à leurs affaires les personnes les moins intelligentes; et lorsqu'il n'apporte pas ce soin, on présume que c'est par une paresse volontaire et condamnable, dont à la vérité il n'est comptable à personne pour ses propres affaires, mais dont il est comptable à ses

associés, lorsqu'il a en cette paresse pour des affaires communes.

125. Il reste à observer qu'un associé ne peut pas, pour se dispenser de faire raison à la société du dommage qu'il lui a causé par sa faute dans quelque affaire, lui opposer la compensation des profits beaucoup plus considérables qu'il a faits par son industrie à la société dans d'autres affaires : *Non ob eam rem minùs ad periculum socii pertinet quod negligentiâ ejus perisset, quod in plerisque aliis industriâ ejus societas aucta fuisset, et hoc Imperator pronuntiarit; l. 25, ff. dict. tit. Et ideò si socius quædam negligenter in societate egisset, in plerisque autem societatem auxisset, non compensatur compendium cum negligentiâ ; l.* 26. La raison est, que cet associé devant à la société son industrie, il n'a fait que s'acquitter envers elle de ce qu'il lui devait, en lui apportant des profits qu'il a faits par son industrie; la société ne lui est pour cela redevable de rien qu'il puisse opposer en compensation de ce qu'il lui doit.

ARTICLE II.

Des choses dont un associé peut être créancier de la société, et dont les autres associés sont obligés de lui faire raison, chacun pour la part qu'il a dans la société.

126. Lorsqu'un associé a mis dans la société, des choses dont il ne devrait que la jouissance, par le contrat de société, il est créancier de la société pour lesdites choses, qui doivent lui être restituées lors de la dissolution de la société.

Si ces choses étaient des corps certains et déterminés, des choses qui ne se consomment pas par l'usage, qui n'étaient pas destinées à être vendues, et qu'il dovait reprendre en nature lors de la dissolution de la société, ces choses demeurent à ses risques, et ne sont pas aux risques de la société. Si, sans la faute de ses associés, elles ont été détériorées, il les reprendra en l'état qu'elles se trouveront; et si elles étaient entièrement péries par quelque force majeure, la société serait déchargée envers lui de l'obligation de les restituer.

Au contraire, si ces choses, qu'un associé a mises dans la société, étaient des choses qui se consomment ou se détériorent en les gardant, ou qui fussent destinées à être vendues, et qui eussent été mises dans la société sous une certaine estimation portée par quelque inventaire, l'associé qui les y a mises pour que la société en eût seulement la jouissance, est créancier, non des choses mêmes, mais de la somme à laquelle monte l'estimation qui en a été faite; et ces choses sont aux risques de la société, et non aux siens.

127. Un associé peut encore être créancier de la société des sommes qu'il a déboursées pour les affaires de la société, *putà*, pour des frais de voyage qu'il a faits pour lesdites affaires; *l.* 52, § 15, ff. *dict. tit.*

Non seulement s'il a fait des déboursés, mais s'il a contracté quelque obligation pour les affaires de la société, il en doit être indemnisé par la société.

Par exemple, si l'un des associés avait vendu à quelqu'un quelque effet de la société pour le compte de la société, il doit être indemnisé par la société de l'obligation de garantie qu'il a contractée envers l'acheteur; *l.* 67, ff. *dict. tit.*

128. Un associé doit être indemnisé par la société, non seulement des déboursés qu'il a faits et des obligations qu'il a contractées directement et principalement pour les affaires de la société; il doit pareillement l'être des risques et des hasards qu'il a courus, lorsqu'ils étaient inséparables de la gestion qu'il a eue des affaires de la société, et qu'il ne les a courus que pour lesdites affaires : car la société devant avoir tout le profit qui résulte de cette gestion, il est équitable qu'elle supporte tous les risques : *Ubi lucrum, ibi et periculum esse debet.* Cela a donné lieu à la question, qui a été agitée entre les jurisconsultes des deux sectes, de savoir si l'un des associés, ayant été blessé par des esclaves qu'il menait vendre à une foire pour le compte de la société, en voulant les empêcher de se sauver, devait être indemnisé par la société des frais de pansemens et de médicamens faits pour sa guérison. Labéon, chef de l'école des Proculéiens, tenait la négative; parce que ces frais n'ont point été faits pour les affaires de la société, qui n'en a été que la cause occasionelle; *quia*, disait-il, *id non in societatem, quamvis propter societatem impensum sit; l.* 60, § 1.

Au contraire, Julien, qui était de l'école des Sabiniens, tenait l'affirmative, et son sentiment a prévalu : *Secundùm Julianum tamen quod medicis pro se datum est recipere potest*; QUOD VERUM EST; *l.* 61, ff. *dict. tit.* La raison est, que le risque couru par cet associé d'être maltraité par ces esclaves, était un risque inséparable de leur conduite, qu'il n'avait couru que pour les affaires de la société, et dont il devait par conséquent être indemnisé par la société.

Par la même raison, le même Julien décide que si un associé, dans un voyage qu'il faisait pour les affaires de la société, a été attaqué par des voleurs qui l'ont volé et qui ont blessé ses domestiques, la société doit l'indemniser de ce qu'on lui a volé, et des frais qu'il a faits pour la

guérison de ses domestiques; *l.* 52, § 4, ff. *pro soc.*

129. Observez que la société n'étant tenue que des risques qui sont inséparables de la gestion de ses affaires, elle n'est tenue, dans l'espèce qu'on vient de rapporter, d'indemniser l'associé que du vol de ce qu'il était absolument nécessaire, eu égard à son état, qu'il portât avec lui pour son voyage. S'il a porté avec lui plus d'argent qu'il n'en fallait pour son voyage, et des choses dont il pouvait se passer, la société ne doit pas porter le risque de ce superflu, et ne doit pas en indemniser l'associé, s'il lui a été volé.

Pareillement, s'il a mené avec lui un trop grand nombre de domestiques, la société n'est tenue que des pansemens de ceux qui lui étaient nécessaires pour son voyage.

130. Si l'associé, qui avait porté avec lui plus d'argent qu'il ne fallait pour le voyage, en a sauvé une partie des mains des voleurs, ce qu'il a sauvé s'imputera-t-il sur la partie de son argent qui était nécessaire pour le voyage, et qui était aux risques de la société, ou sur la partie superflue qui était aux risques de cet associé? Je pense que n'y ayant pas de raison de l'imputer plutôt sur l'une que sur l'autre, l'imputation doit se faire sur l'une et sur l'autre par proportion. Par exemple, si un associé, qui n'avait besoin que de dix pistoles pour son voyage, en avait porté trente avec lui, et qu'il en eût sauvé six, la société, qui n'était chargée que du risque du tiers des trente pistoles, ne doit profiter que du tiers de ce qui a échappé aux voleurs, et elle doit par conséquent indemniser de huit pistoles cet associé.

131. La société est à la vérité tenue d'indemniser un associé des pertes qu'il a souffertes, lorsqu'elles sont une suite naturelle de certains hasards inséparables de la gestion des affaires de la société, auxquels ses associés auraient été exposés comme lui, s'ils se fussent chargés de cette gestion; mais elle n'est pas obligée de l'indemniser des pertes qu'il a souffertes, et dont la gestion des affaires de la société n'a été qu'une occasion purement accidentelle. Par exemple, si la société a eu un procès avec une personne qui était amie de l'un des associés, et que cette personne, en haine du procès, ait révoqué un legs qu'elle lui avait fait, ou l'ait fait destituer d'une commission qu'elle lui avait procurée; quoique cet associé ait souffert ces pertes à l'occasion de la société, il n'est pas fondé à prétendre que la société l'en indemnise.

Pareillement, un associé n'est pas fondé à prétendre que la société l'indemnise de ce que le soin qu'il a apporté aux affaires de la société lui a fait négliger ses propres affaires; car il devait aux affaires de la société le soin qu'il y a apporté, et il en a été payé par la part qu'il a eue ou qu'il a pu avoir dans les profits de la société. Cela est conforme à ce qu'a décidé Labéon en la loi 60, § 1, qu'il n'est pas dû d'indemnité à un associé, *si propter societatem quis eum heredem instituere desiisset; aut patrimonium suum negligenter administrasset.*

132. Il reste à observer, à l'égard de ce qui est dû par la société à quelqu'un des associés, que chacun de ses associés n'en est tenu envers lui que pour la part qu'il a en la société, lorsqu'ils sont tous solvables. Mais s'il y en a d'insolvables, l'égalité, qui doit être entre les associés, ne permet pas que l'associé créancier de la société supporte seul la perte résultante de leur insolvabilité, et elle doit être répartie entre lui et ses associés solvables : *Proculus putat hoc ad cæterorum onus pertinere quod ab aliquibus servari non potest.... quoniam societas quùm contrahitur, tàm lucri quàm damni communio initur; l.* 67. Par exemple, parmi quatre associés, chacun pour un quart, l'un est créancier de la société pour 1,200 livres, un autre est insolvable : chacun des deux associés solvables doit, en ce cas, au créancier de 1,200 liv. la somme de 300 livres pour le quart dont il est tenu de son chef, et 100 livres pour son tiers de la part dont est tenu l'insolvable.

ARTICLE III.

De quelques autres espèces d'obligations qui naissent du contrat de société.

133. C'est encore une des obligations qui naissent du contrat de société, que chacun des associés est obligé de laisser ses associés jouir et user des choses communes, comme ils en doivent jouir, suivant les lois et les conventions de la société; *l.* 52, § 13, ff. *pro soc.*

Par exemple, lorsqu'à Paris deux voisins se sont associés pour avoir en commun un équipage, chacun d'eux est obligé d'en laisser jouir l'autre à son tour. Si, au jour qui est mon tour, mon associé en avait besoin pour une affaire qui ne pût se remettre, et que je n'en eusse besoin que pour des affaires qui peuvent facilement se remettre, je dois laisser mon associé s'en servir, à la charge que je m'en servirai un autre jour de son tour : les lois de la fraternité et de l'amitié, qui doivent être entre associés, exigent cela.

C'est aussi une des obligations qui naissent du contrat de société, que chacun des associés est obligé de contribuer à la réfection et conservation des choses communes. Ils peuvent néanmoins s'en décharger en offrant d'abandonner. *Voyez* ce qui a été dit *suprà*, *n.* 86.

Enfin une des principales obligations que contracte chaque associé par le contrat de société, est de souffrir le partage des effets de la société, lors de la fin et dissolution de la société. Nous traiterons de ce partage *infrà*, au chapitre neuvième.

ARTICLE IV.

De l'action pro socio.

134. Des obligations qui naissent du contrat de société, naît l'action *pro socio*, que chacun des associés a contre ses associés, pour en exiger l'accomplissement.

Cette action est une action personnelle : elle passe aux héritiers et autres successeurs universels de chacun des associés à qui cette action appartient, et elle peut se donner contre les héritiers et autres successeurs universels des associés qui en sont tenus.

Nous avons vu, dans les articles précédens, quels étaient les objets de cette action.

135. Cette action, quant à son objet principal du partage du fonds de la société, ne se donne que lors de la dissolution de la société; et c'est en cela que la loi dit, *Actione societas solvitur*. Elle peut se donner, quant aux objets particuliers, durant le temps que dure la société, *putà*, contre celui des associés qui retient tous les gains faits par la société, aux fins qu'il en fasse part aux autres, *l.* 65, § 15, ff. *pro soc.*, et qu'il soit tenu, pour cet effet, de donner un bref état de compte, comme aussi aux fins que mon associé me fasse jouir des choses communes, aux fins que les associés contribuent aux réparations qui y sont à faire.

136. Il est particulier à l'action *pro socio*, que soit qu'elle se donne durant la société ou depuis sa dissolution, chacune des parties, soit le demandeur, soit l'un des défendeurs, est fondée à demander que la cause et les parties soient renvoyées devant des arbitres, pour régler toutes les contestations sur le compte et le partage de la société, et généralement sur tous les objets de cette action.

Pour cet effet, l'Ordonnance de 1673, *tit.* 4, *art.* 9, veut que tous les contrats de société contiennent la clause de se soumettre à des arbitres sur toutes les contestations qui pourraient naître entre les associés pour le fait de la société, et que, où cette clause aurait été omise, elle y soit suppléée.

Ces arbitres doivent être convenus et nommés par les parties : faute par quelqu'une d'elles d'en nommer, le juge en nomme un pour elle; *Ordonnance de* 1673, *ibid.*

Si, avant que les arbitres aient rendu leur réglement, l'un desdits arbitres vient à mourir, l'Ordonnance veut que la partie qui l'a nommé, en nomme un autre à sa place, ou le juge, à son refus; *art.* 10.

137. Lorsque les arbitres ne sont pas d'accord, ils peuvent, sans le consentement des associés, prendre un tiers; et s'ils n'en peuvent convenir, le juge en nommera un; *art.* 11.

Les arbitres peuvent rendre leur jugement sur les pièces et mémoires des parties, en leur absence; *art.* 12.

Leurs sentences doivent être homologuées au consulat, lorsque la société est une société de marchandises ou de banque; sinon dans la juridiction ordinaire; *art.* 3.

CHAPITRE VIII.

Des différentes manières dont finit la société.

138. Ces manières sont l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée; l'extinction de la chose, ou la consommation de la négociation qui en faisait l'objet; la mort naturelle ou civile de l'un des associés; sa faillite; enfin la volonté de n'être plus en société.

§ I. DE L'EXPIRATION DU TEMPS.

139. Lorsque la société a été contractée pour un certain temps limité, elle finit de plein droit par l'expiration de ce temps.

Les parties peuvent convenir de la proroger au-delà de ce temps : mais cette prorogation ne se peut prouver que par un acte par écrit, que l'Ordonnance de 1673 assujettit aux mêmes formalités que les actes par lesquels la société est contractée.

§ II. DE L'EXTINCTION DE LA CHOSE QUI FAIT L'OBJET DE LA SOCIÉTÉ, ET DE LA CONSOMMATION DE LA NÉGOCIATION.

140. Lorsque la société a été contractée d'une certaine chose, il est évident que la société doit finir par l'extinction de cette chose.

Par exemple, si deux paysans voisins ont

acheté en commun un âne pour porter vendre au marché leurs denrées, il est évident que si l'âne vient à mourir, la société de cet âne qui était entre eux sera finie : *Neque enim ejus rei quæ jam nulla sit quisquam socius est; l.* 63, § 10, ff. *pro socio*.

141. Lorsque la société n'est pas des choses mêmes, et que les associés ont contracté société seulement des fruits qui proviendraient de certaines choses qui appartiennent à l'un d'eux, pour les percevoir en commun, et en faire leur profit commun, pendant que devrait durer leur société; si celles, qui appartenaient à l'un des associés, sont péries, la société cessera; car étant de l'essence de la société que chacun des associés y contribue, il ne peut plus y avoir de société, lorsque l'un des associés n'a plus rien de quoi y contribuer.

Par exemple, lorsque deux voisines, qui avaient chacune une vache, ont contracté une société de tous les fruits et profits qui en proviendraient pendant un certain temps; si, avant la fin du temps, la vache de l'une des associées vient à mourir, la société sera éteinte, cette associée n'ayant plus rien de quoi y contribuer.

Lorsque deux personnes ont contracté société pour vendre en commun certaines choses qui leur appartiennent, et que ce ne sont pas les choses mêmes qu'elles ont mises dans la société, mais le prix qui proviendrait de la vente, qui en serait faite; si, avant la vente, les choses qui appartiennent à l'un des associés sont péries, la loi 58, dont nous avons rapporté l'espèce *suprà, n.* 54, décide que la société est éteinte. La raison est celle que nous venons de dire, que cet associé n'ayant plus de quoi contribuer à cette société, elle ne peut plus subsister.

142. Lorsqu'un marchand de bois a contracté une société avec un tonnelier pour faire et vendre des tonneaux, à laquelle société le marchand devait apporter le bois, et le tonnelier son travail seulement pour faire les tonneaux; ce tonnelier étant depuis devenu paralytique, et incapable par conséquent de faire des tonneaux, cette société cesserait-elle en ce cas, et peut-on dire que le tonnelier n'a plus de quoi y contribuer? Non; car en se chargeant par le contrat de faire des tonneaux, il s'est chargé de les faire, non précisément par lui-même, mais soit par lui, soit par ses ouvriers; il peut encore, quoique paralytique, les faire faire par ses ouvriers; et il a par conséquent de quoi contribuer à la société ce qu'il a promis d'y contribuer.

Quid, si le marchand, qui n'a contracté la société que par la confiance qu'il avait dans l'habileté de cet ouvrier, avait mis une clause dans le contrat de société, que ce tonnelier ne pourrait faire faire les tonneaux par d'autres que par lui? En ce cas, on peut dire que la société est éteinte, puisque la chose, que cet associé a promis d'apporter à la société, est éteinte; car ce n'est pas seulement la façon des tonneaux, mais son travail personnel qu'il a promis d'apporter à la société, et qu'il ne peut plus y apporter. Le marchand fera néanmoins prudemment de lui signifier une renonciation à la société.

143. Lorsque deux ou plusieurs personnes ont contracté société pour une certaine négociation, cette société sera finie lorsque la négociation aura été consommée. Par exemple, lorsque deux marchands ont contracté société pour acheter ensemble une certaine partie de marchandises qu'ils iraient vendre à la foire de Guibray, il est évident que cette société sera finie lorsqu'il les y auront toutes vendues.

§ III. DE LA MORT DE L'UN DES ASSOCIÉS, ET DE SA FAILLITE.

144. La société, soit qu'elle soit universelle, soit qu'elle soit particulière, soit qu'elle soit indéfinie, soit qu'elle ait été contractée pour un certain temps limité, finit de plein droit par la mort de l'un des associés.

Cette dissolution de la communauté, qui survient par la mort de l'un des associés, a deux effets. Le premier est que l'héritier du défunt succède bien à la part que le défunt avait au temps de sa mort dans les biens de la société, et à la part des dettes de la société dont le défunt était tenu; mais il ne succède pas aux droits de la société pour l'avenir, si ce n'est à ce qui serait une suite nécessaire de ce qui s'est fait du vivant de l'associé auquel il succède; et même par rapport à ces choses, il ne devient pas l'associé des associés du défunt, il ne prend pas sa place, il est seulement en communauté avec eux.

Suivant ces principes, si, depuis la mort de l'un des associés, l'autre associé a fait quelque nouveau marché avantageux, relatif au commerce pour lequel la société avait été contractée, l'héritier du défunt associé n'y pourra prétendre aucune part; et si le marché était désavantageux, on ne pourra pas lui faire supporter rien de la perte.

145. Les jurisconsultes romains avaient poussé ce principe jusqu'à décider qu'on ne pouvait pas même valablement convenir en contractant la société, que l'héritier de celui des associés qui viendrait à mourir pendant le cours de la société, deviendrait associé à la place du défunt : *Adeò morte solvitur societas, ut ne ob initio pacisci possimus, ut heres etiam succedat societati; l.* 59, ff. *pro soc.*

La raison de cette décision était, que la

société étant un droit qui est fondé sur l'amitié que les parties ont l'une pour l'autre, sur la confiance réciproque que l'une a dans la fidélité et les bonnes qualités de l'autre, il était contre la nature de la société qu'elle pût se contracter avec une personne incertaine et inconnue, et par conséquent avec les héritiers des parties contractantes, qui, lors du contrat, étaient des personnes incertaines; l'associé ne pouvant pas même s'engager à se donner pour héritier une certaine personne; *l.* 59, § 9, ff. *dict. tit.*

Cette raison ne me paraît pas bien décisive, et je crois qu'elle a plus de subtilité que de solidité : c'est pourquoi je pense que, dans notre droit, quoique régulièrement la société finisse par la mort de l'un des associés, et que son héritier ne lui succède pas aux droits de la société pour l'avenir, néanmoins la convention qu'il y succédera est valable. C'est l'avis de l'ancien praticien Masuer, *des Associations*, 28, *n.* 33. Les jurisconsultes romains admettaient eux-mêmes cette convention dans les sociétés pour la ferme des revenus publics. Pourquoi ne la pas admettre pareillement dans les sociétés ordinaires? Despeisses est d'avis contraire.

146. Le second effet de la dissolution de communauté par la mort de l'un des associés, est qu'elle la dissout même entre les associés survivans, à moins que, par le contrat de société, ce ne fût convenu du contraire : *Morte unius socii societas dissolvitur, etsi consensu omnium coita sit, plures verò supersint; nisi in coëundâ societate aliter convenerit*; *l.* 65, § 9, ff. *dict. tit.*

La raison est, que les qualités personnelles de chacun des associés entrent en considération dans le contrat de société. Je ne dois donc pas être obligé, lorsque l'un de mes associés est mort, à demeurer en société avec les autres, parce qu'il se peut faire que ce ne soit que par la considération des qualités personnelles de celui qui est mort, que j'ai voulu contracter la société.

Ce principe souffre exception à l'égard des sociétés pour la ferme des revenus publics, lesquelles subsistent entre les survivans, lorsque l'un des associés vient à mourir : *Hoc ità in privatis societatibus : in societate vectigalium manet societas et post mortem alicujus*; *l.* 59.

147. Tout ce que nous avons dit du cas de la mort naturelle de l'un des associés, reçoit application au cas de la mort civile : *Dissociamur morte, capitis diminutione*; *l.* 4, § 1, ff. *dict. tit.*

148. La faillite de l'un des associés dissout aussi la société, de même que sa mort : *Dissociamur egestate*; *dict.* § 1. *Bonis à creditoribus venditis unius socii, distrahi societatem Labeo ait*; *l.* 65, § 1, ff. *dict. tit.* Suivant notre droit, il suffit que la faillite soit ouverte.

§ IV. DE LA VOLONTÉ DE N'ÊTRE PLUS EN SOCIÉTÉ.

149. Il n'est pas douteux que la société peut se dissoudre par le consentement mutuel des associés.

L'un d'eux peut-il la dissoudre par sa seule volonté, en notifiant à ses associés qu'il n'entend plus à l'avenir être en société? Il faut, à cet égard, distinguer les sociétés qui ont été contractées sans aucune limitation de temps, et celles qui l'ont été pour un certain temps limité.

A l'égard des premières, un seul des associés peut dissoudre la société, en notifiant à ses associés qu'il n'entend plus demeurer en société : *Dissociamur renuntiatione*; *l.* 4, § 1, ff. *pro soc.*

150. Il faut, néanmoins, pour cela, que deux choses concourent : 1° que la renonciation à la société soit faite de bonne foi; 2° qu'elle ne soit pas faite à contre-temps : *Debet esse facta bonâ fide, et tempestivè.*

La renonciation à la société n'est pas faite de bonne foi, lorsque l'associé renonce pour s'approprier à lui seul le profit que les associés s'étaient proposé d'en retirer en la contractant.

Par exemple, si deux libraires se sont associés pour acheter ensemble une bibliothèque sur laquelle il y avait du profit à faire, et qu'avant qu'elle eût été achetée pour le compte de la société, l'un des associés, afin de l'acheter pour son compte particulier, et d'avoir seul le bénéfice, eût notifié à l'autre qu'il n'entendait plus être de société avec lui; cette renonciation à la société est de mauvaise foi, et ne désoblige pas celui qui l'a faite, envers son associé, qui peut lui demander sa part du bénéfice. Mais si cet associé n'a renoncé à la société que parce qu'il était dégoûté du marché pour lequel ils s'étaient associés, sa renonciation est de bonne foi et valable, la chose étant encore entière : en ce cas, l'autre associé ne peut prétendre contre lui aucuns dommages et intérêts : C'est ce qu'enseigne Paul : *Si societatem ineamus ad aliquam rem emendam, deindè solus volueris eam emere, ideòque renuntiasti societati, ut solus emeres, teneberis quanti interest meâ : sed si ideò renuntiaveris quia emptio tibi displicebat, non teneberis, quamvis ego emero, quia hic nulla fraus est*; *l.* 65, § 4.

Paul rapporte un autre exemple : Durant le cours d'une société de tous biens que j'ai contractée avec vous, un de mes amis, étant au lit de la mort, m'avertit qu'il m'a institué son héritier : je vais vite vous notifier que je n'entends plus être en société avec vous. Cette renonciation étant faite dans la vue de m'approprier la succession de mon ami, qui aurait dû tomber dans notre société, est nulle, comme faite de mau-

vaise foi, et n'empêchera pas que cette succession n'y tombe, s'il y a du bénéfice; *dict. l.* 65, § 3.

Pareillement, si deux seigneurs voisins avaient contracté société ensemble pour percevoir en commun les revenus de leurs seigneuries, et que l'un d'eux ayant eu avis qu'une terre très considérable mouvante en fief de sa seigneurie, était sur le point d'être vendue, signifie à son associé sa renonciation à la société, pour s'approprier un gros profit de quint auquel cette vente doit donner ouverture; cette renonciation est faite de mauvaise foi; et nonobstant cette renonciation qui doit être déclarée nulle, la société doit être déclarée avoir continué, et le profit y être tombé.

151. Pour que la renonciation, que l'un des associés fait à la société, soit valable, il faut, en second lieu, qu'elle ne soit pas faite à contre-temps, c'est-à-dire, dans un temps où les choses ne sont plus entières, et où il est de l'intérêt de la société d'attendre un temps plus favorable pour consommer la négociation qui a fait l'objet de la société; comme si, ayant contracté avec vous une société de commerce, je voulais dissoudre la société dans un temps où il est de l'intérêt de la société de garder les marchandises que nous avons achetées en commun, et d'attendre le temps favorable de les revendre : *Si emimus mancipia initâ societate, deindè renunties mihi eo tempore quo vendere mancipia non expedit.... teneri te pro socio judicio; dict. l.* 65, § 5.

Observez que, pour juger si une renonciation est faite à contre-temps, c'est l'intérêt commun de la société qu'il faut considérer, et non l'intérêt particulier de celui qui s'oppose à cette renonciation; à moins qu'il n'y eût quelque convention par le contrat de société, qui s'opposât à la renonciation : *Hoc ità, si societatis interest non dirimi societatem : semper enim non id quod privatim interest unius ex sociis servari solet, sed quod societati expedit; dict. § Hæc ità, si nihil de hoc in coëundâ societate convenit.*

152. Passons maintenant aux sociétés qui sont contractées pour un certain temps limité. Dans ces sociétés les associés, en convenant du temps que la société doit durer, sont censés être convenus de ne la dissoudre qu'après l'expiration de ce temps, à moins qu'il ne leur survienne quelque juste sujet de la dissoudre plus tôt. C'est pourquoi l'un d'eux ne peut, sans un juste sujet, dissoudre la société avant le temps, au préjudice de ses associés : *Qui societatem in tempus coit, eì antè tempus renuntiando, socium à se, non se à socio liberat, dict. l.* 65, § 6.

Mais si l'associé a un juste sujet de quitter la société avant le temps, sa renonciation, qu'il fait signer à ses associés, est valable, et dissout la société : ce qui a lieu, quand même il y aurait une clause expresse par le contrat de société, que les associés ne pourraient se désister de la société avant le temps. C'est pourquoi Pomponius observe qu'une telle clause est superflue, parce que, quand même elle n'aurait pas été exprimée, l'un des associés ne peut pas se désister de la société avant le temps, s'il n'en a pas un juste sujet; et que lorsqu'il en a un, cette clause ne l'empêche pas de s'en désister : *Quid si convenit ne abeatur, an valent? Eleganter Pomponius scripsit frustrà hoc convenire; nam etsi convenit, si tamen intempestivè renuntiatur societati, esse pro socio actionem; sed etsi convenit ne intrà certum tempus societate abeatur, et antè tempus renuntiatur, potest rationem habere renuntiatio; l.* 14, ff. *pro. soc.*

Ulpien rapporte plusieurs exemples de ces justes sujets qu'un associé peut avoir de renoncer avant le temps; savoir, si son associé n'exécutait pas à son égard les conditions de la société; s'il a la preuve que son associé refuse de le faire jouir à son tour de la chose qu'ils ont en société; s'il a la preuve de la mauvaise conduite de son associé dans l'administration des affaires de la société : *Non tenebitur pro socio, qui ideò renuntiavit, quia conditio quædam, sub quâ societas erat coita, non præstatur; aut quia si ità injuriosus aut damnosus socius sit, ut non expediat eum pati; l.* 14, ff. *dict. tit.*

C'est encore un juste sujet que peut avoir un associé de renoncer à la société avant le temps, lorsque étant obligé d'être absent pendant longtemps pour le service de l'État, il ne peut plus veiller aux affaires de la société; à moins que les affaires de la société ne fussent telles qu'il n'eût pas besoin d'être présent; *l.* 16, ff. *dict. tit.*

On peut dire la même chose du cas d'une infirmité habituelle qui serait survenue à l'un des associés. Elle peut être un juste sujet pour lui de renoncer à la société, si les affaires de la société étaient telles qu'elles exigeassent qu'il y vaquât par lui-même.

153. La renonciation, qu'un associé fait à la société, doit être par lui notifiée à tous les associés, pour qu'elle en opère la dissolution. Cette notification, dans le cas où les associés à qui elle a été faite en disconviendraient, doit être constatée par écrit, soit par une signification faite par un huissier à leur personne ou domicile, soit par un acte sous signature privée, par lequel ils reconnaîtraient que cette notification leur a été faite. Mais cet acte ne faisant pas foi contre des tiers qui auraient intérêt que la société eût continué (*Traité des Obligations*,

n. 750), il est plus prudent de faire cette notification par un hoissier.

154. Lorsque la renonciation à la société peut être sujette à quelque contestation, il est de la prudence de l'associé qui l'a faite, de faire assigner ses associés, poor statuer sur sa validité.

Car si, depuis la renonciation de cet associé, ses associés, à qui elle a été faite, essuient des pertes, ils peuvent lui opposer les défants de sa renonciation ; et si elle est trouvée faite de mauvaise foi, ou *intempestivè*, on lui fera supporter les pertes pour sa part : au lieu que si, depuis la renonciation, ils avaient fait des gains, l'associé qui l'a faite ne pourrait pas eo prétendre sa part, n'étant pas recevable à sontenir luimême la nullité de sa renonciation, et à en opposer les défauts. C'est pourquoi les jurisconsultes disent que l'associé qui renonce de mauvaise foi, ou *intempestivè*, dégage son associé envers lui, et ne se dégage pas envers son associé: *Ante tempus renuntiando, socium à se, non se à socio liberat; l.* 65, § 6.

CHAPITRE IX.

De l'effet de la dissolution des sociétés, et de leur partage.

ARTICLE PREMIER.

De l'effet de la dissolution des sociétés.

155. L'effet de la dissolution d'une société est que, désormais et à l'avenir, tous les contrats, que chacun des ci-devant asseciés fera, seront pour son compte seul, à moins qu'ils ne fussent une suite nécessaire des affaires de la société.

Par exemple, si deux marchands épiciers d'Orléans avaient jugé à propos de dissoudre une société de commerce d'épiceries, tous les nouveaux achats que chacun d'eux fera de marchandises d'épiceries, depuis la dissolution de la société, seront pour le compte de lui seul : s'il y a du profit, il l'aura seul; si au contraire il y a de la perte, il la supportera seul.

Mais si, avant la dissolution de la société, l'un des associés avait acheté à Gênes un certain nombre de bottes d'huile, pour les revendre à Orléans au profit de la société, les marchés qu'il fera, depuis la dissolution de la société, pour les faire venir à Orléans, étant une suite nécessaire de cet achat fait durant la société pour le compte de la société, et par conséquent une suite nécessaire des affaires de la société, seront aux risques de tous les ci-devant associés, comme faits pour une affaire commune.

C'est pour cette raison que quoiqu'une société soit dissoute par la mort de l'un des associés, et que son héritier ne devienne pas associé à sa place, néanmoins cet héritier, qui ne peut à la vérité commencer de nouvelles affaires pour le compte de la société en laquelle était le défunt, non seulement peut, mais doit achever celles qui avaient été commencées par le défunt pour le compte de la société : *Heres socii, quamvis socius non est, tamen ea quæ per defunctum inchoata sunt, per heredem explicari debent; l.* 40, ff. *pro soc.*

156. Quoique, depuis la dissolution de la société, aucun des ci-devant associés ne puisse plus faire aucune nouvelle affaire pour le compte de la société, qui ne subsiste plus, ni par conséquent obliger ses ci-devant associés, en contractant, tant en son nom qu'au leur; néanmoins, si un associé ayant un juste sujet d'ignorer la dissolution de la société, *putò*, parce que la mort d'un associé, qui a opéré cette dissolution, n'étant pas encore parvenue à sa connaissance, avait fait quelques affaires relatives au commerce pour lequel la société avait été contractée, les marchés qu'il aura faits au nom de la société dont il ignorait la dissolution, obligeront ses ci-devant associés et leurs héritiers. La bonne foi, en laquelle était cet associé, rend en ce cas ces contrats valables, de même que la bonne foi d'un mandataire rend valable tout ce qu'il a fait en exécution d'un mandat, depuis la mort du mandant, lorsque le mandataire ignorait cette mort qui avait éteint le mandat. Par exemple, si un marchand d'Orléans a contracté une société avec un marchand de Marseille pour acheter en commun une certaine quantité de bottes d'huile qu'on ferait venir à Orléans pour les y revendre en commun, et que le marchand de Marseille, depuis la mort du marchand d'Orléans, qui avait dissous la société par sa mort, n'ayant pas encore connaissance

de cette mort, ait fait l'achat de ces huiles pour le compte de la société, les héritiers du marchand d'Orléans seront obligés de le tenir, comme s'il eût été fait du vivant du défunt et durant la société. C'est ce qu'enseigne Ulpien en la loi 65, § 10, ff. *pro soc. Si integris omnibus manentibus alter decesserit, deindè sequetur res de quâ societatem coierunt, eâdem distinctione utemur quâ in mandato; ut si quidem ignota fuerit mors alterius, valeat societas; si nota, non valeat.*

157. Par la même raison, quoique les associés, qui, durant la société, avaient le pouvoir, chacun l'un pour l'autre, de régir les affaires de la société, et de recevoir des débiteurs tout ce qui est dû, n'aient plus ce pouvoir depuis la dissolution de la société; néanmoins le paiement, qu'un débiteur de la société aurait fait à l'un des ci-devant associés de tout ce qu'il devait, quoique fait depuis la dissolution de la société, sera valable, s'il l'ignorait de bonne foi.

Par la même raison, si des marchands ou artisans, qui avaient coutume de faire des fournitures à la société, ont de bonne foi depuis la dissolution de la société, qu'ils ignoraient, continué de faire ces fournitures à l'un des ci-devant associés, pour le compte de la société, tous les ci-devant associés ou leurs héritiers en sont tenus.

Les débiteurs qui ont payé, et les marchands ou artisans qui ont fait des fournitures depuis la dissolution de la société, peuvent être censés l'avoir ignorée de bonne foi, lorsqu'ils ont payé ce qu'ils devaient; ou fait les fournitures avant l'expiration du temps limité pour la durée de la société; ils étaient dans l'ignorance, *putà*, de la mort de l'un des associés, qui n'était pas encore connue dans le lieu où ils ont payé ou fait les fournitures; ou ils ignoraient la renonciation faite à la société par l'un des associés; cette renonciation ne leur avait point été signifiée, elle n'avait pas été rendue publique.

Mais lorsque les débiteurs ou les marchands et artisans ont fait les fournitures après l'expiration du temps pour lequel la société avait été contractée, ils ne doivent pas être reçus à alléguer qu'ils en ignoraient la dissolution; car ceux, qui ont des affaires avec des personnes qui sont en société, doivent s'informer de la teneur de la société. C'est l'avis de Gomez, *Resolutionum tom.* 2, *tit.* 5, *n.* 6.

158. Voici encore un effet de la dissolution d'une société. Lorsque des associés ont mis dans une société universelle la jouissance de leurs biens, ou dans une société particulière la jouissance de certaines choses, cette jouissance cesse d'être commune du jour de la dissolution de la société; et tous les fruits desdites choses, qui seront perçus à l'avenir depuis le jour de la dissolution de la société, appartiendront en entier à celui des ci-devant associés qui en est le propriétaire.

Cela a lieu, quand même ces fruits, au temps de la dissolution de la société, auraient été pendans par les racines et prêts à couper; à la charge seulement par celui des ci-devant associés qui les percevra, de rembourser, au partage de la société, les frais de labour et semences à ses associés, pour la part qu'ils avaient en la société. C'est ce que décida la Coutume de Paris, *art.* 231, à l'égard de la société entre mari et femme; et on doit le décider de même à l'égard de toutes les autres sociétés, soit universelles, soit particulières, y ayant même raison.

Notre Coutume d'Orléans, *art.* 208, a une pareille disposition. Cet article de la Coutume de Paris étant du nombre de ceux qui ont été ajoutés lors de la réformation, qui contiennent différens points que la jurisprudence avait décidés, doit être suivi dans les Coutumes qui ne s'en sont pas expliquées.

Quelques Coutumes ont suivi des principes différens. Celle de Blois, *art.* 185, veut que si, lors de la dissolution de la société, les terres étaient ensemencées, et les vignes marrées et taillées, les récoltes, quoique faites depuis la dissolution de la société, soient communes.

159. Dans cette diversité de Coutumes, laquelle suivra-t-on? Si les ci-devant associés, en contractant la société, ont déclaré par quelle Coutume ils entendaient qu'elle fût régie, on doit suivre cette Coutume. Lorsqu'ils ne s'en sont pas expliqués, ils sont censés avoir entendu la contracter suivant la loi du lieu où ils l'ont contractée et où ils avaient leur domicile, suivant cette règle de droit : *In contractibus tacitè veniunt ea quæ sunt moris et consuetudinis in regione in quâ contrahuntur.*

On doit supposer et sous-entendre dans cette règle de droit, que le lieu où les parties contractent, est le lieu de leur domicile. Mais si l'acte a été passé dans le lieu où elles se trouvaient en passant, autre que celui de leur domicile, elles doivent être censées avoir voulu contracter selon la loi de leur domicile, plutôt que selon celle du lieu où l'acte a été passé, et où elles ne se trouvaient qu'en passant.

Ne pourrait-on pas dire qu'on doit suivre la loi du lieu où sont situés les héritages qui ont été mis en société? Non : car les lois, qui règlent les conventions et engagemens personnels qui en naissent, sont des statuts personnels, qui exercent leur empire principalement et directement, non sur les choses, mais sur les personnes qui leur sont sujettes, à raison du domicile que ces personnes ont dans leur territoire.

Que doit-on décider, si les parties étaient domiciliées chacune sous différentes Coutumes? Lorsque c'est une société entre futurs époux, on doit présumer qu'ils ont voulu la contracter selon la loi du domicile du futur époux, qui devait devenir aussi celui de la future.

Quid, si la société a été contractée entre d'autres personnes que des futurs époux, lesquelles devaient, après la société contractée, continuer de demeurer séparément en différens domiciles? Je pense qu'on doit suivre la loi du domicile de celui chez qui l'acte s'est passé, y ayant plus lieu de présumer que l'autre partie a bien voulu se soumettre à la loi de la personne qu'elle est allé chercher chez elle, qu'il n'y a lieu de croire que celle qui est restée chez elle, ait voulu se soumettre à la loi du domicile de l'autre.

Quid, si le contrat avait été passé dans un lieu qui ne fût celui du domicile ni de l'un ni de l'autre? On pourrait préférer la loi du domicile de celui des associés qui a la plus grande part dans la société; et s'ils y avaient une part égale, n'y ayant, en ce cas, aucune raison de préférer la loi du domicile de l'un à celle du domicile de l'autre, je pense qu'il faudrait alors se décider pour la loi la plus conforme au droit commun.

160. A l'égard des choses que les associés ont mises en société, non pas seulement quant à la jouissance, mais pour être communes entre eux; comme la dissolution de la société n'empêche pas que lesdites choses, aussi bien que celles qui ont été acquises durant la société, ne demeurent communes entre les ci-devant associés jusqu'à ce qu'elles aient été partagées, tout ce qui en proviendra jusqu'au partage, quoique depuis la dissolution de la société, sera commun entre eux.

Pareillement, la dissolution de la société n'empêche pas que les créances que la société avait contre chacun des ci-devant associés, et celles que chacun d'eux avait contre la société, ne subsistent, et qu'ils ne doivent s'en faire raison respectivement au partage de la société.

ARTICLE II.

Du partage de la société.

161. Pour dissoudre la communauté qui subsiste, après la dissolution de la société, entre les ci-devant associés, et pour acquitter les dettes respectives dont ils peuvent être tenus les uns envers les autres, chacun des ci-devant associés, ou son héritier, a droit de demander à ses associés ou à leurs héritiers, qu'il soit procédé entre eux au compte et partage de la société.

Ils ont chacun, pour cet effet, l'action *pro socio*, ou l'action *communi dividendo*, à leur choix.

Nous avons déjà parlé en général des partages en notre *Traité du Contrat de Vente, part.* 7, *art.* 6; et nous y avons dit que, selon notre jurisprudence, un partage n'était autre chose qu'un acte qui déterminait la part indéterminée que chacun des copartageans avait dans la masse commune, aux seules choses qui lui étaient assignées pour son lot.

Nous verrons dans cet article, 1° quand, par qui et à qui le partage peut être demandé; 2° comment on y doit procéder; 3° quelles sont les différentes obligations qui en naissent.

§ I. Par qui, contre qui, et quand la demande en partage peut-elle être donnée.

162. Chacun des ci-devant associés peut seul donner la demande en partage contre tous les autres, et les obliger à partager les effets qui sont demeurés en commun depuis la dissolution de la société.

Ses héritiers et autres successeurs peuvent pareillement donner cette demande; même un successeur particulier à qui un des ci-devant associés aurait vendu ou donné sa part.

163. Celui, qui donne la demande en partage, la doit donner contre tous ses associés ou leurs héritiers. S'il ne l'avait donnée que contre un seul, celui, contre qui elle est donnée, serait fondé à demander par exception que le demandeur fût tenu de mettre en cause tous les autres, le partage devant se faire entre tous ceux qui ont part à la communauté.

Les autres associés, qui n'ont pas été assignés, peuvent intervenir sans attendre qu'on les assigne.

164. Lorsque, dans les biens dont la communauté est composée, il y a des immeubles, les mineurs n'en peuvent pas demander le partage, mais les majeurs peuvent demander le partage de ces immeubles, même contre les mineurs, et le faire ordonner avec eux. La raison est, que le partage des immeubles, de la part de celui qui le demande, est une disposition volontaire qu'il fait de ses droits immobiliers; car il ne tenait qu'à lui de ne pas demander le partage. Or il n'est pas permis aux mineurs de disposer de leurs biens immeubles durant leur minorité: mais le partage, vis-à-vis de celui à qui il est demandé, est une disposition nécessaire, puisqu'il ne pouvait pas empêcher la demande en partage. Or les lois, qui défendent aux mineurs d'aliéner et de disposer de leurs immeubles, ne comprennent pas les dispositions et les aliénations nécessaires. Le majeur, qui est en communauté avec un mineur, ne doit pas souffrir de sa minorité. *Ad divisionis causam*

provocante tantummodò majore socio, ejus alienationem sine decreto fieri jam pridem obtinuit; l. 17, *Cod. de prœd. min.*

165. Ordinairement la demande en partage peut être donnée aussitôt après la dissolution de la société. Néanmoins, si les parties étaient convenues de surseoir au partage pendant un certain temps, et de le remettre à un temps qu'elles ont cru devoir être plus opportun pour se défaire des effets communs, cette convention devrait être exécutée, quoique la convention indéfinie de ne pas partager n'eût pas été valable : *Si convenit ne omninò divisio fiat, hujusmodi pactum nullas vires habere manifestissimum est; sin autem ne intrà certum tempus, quod etiam ipsius rei qualitas prodest, valet; l.* 14, § 2, ff. *comm. divid.*

Cette convention n'empêche pas un ci-devant associé de vendre, en attendant, à un tiers, sa part indivise dans la communauté : mais cette convention peut être opposée à l'acquéreur, qui ne doit pas avoir plus de droit que l'associé, si cet acquéreur demandait avant le temps le partage : *Emptor communi dividundo agendo eâdem exceptione summovebitur quâ auctor ejus summoveretur; dict. l.* § 3.

166. Tant que les associés ou leurs héritiers possèdent en commun les choses communes, y eût-il plus de cent ans qu'ils les possédassent, on ne peut opposer aucune prescription pour exclure l'action du partage. Mais il pourrait y avoir lieu à la prescription trentenaire, s'il y avait plus de trente ans qu'ils les possédassent séparément : on présumerait qu'il y aurait eu entre eux un partage dont l'acte se serait perdu.

§ II. COMMENT ON DOIT PROCÉDER AU PARTAGE.

167. Avant que de procéder au partage, on doit procéder au compte de ce que chacune des parties doit à la communauté qui est à partager, et de ce qui lui est dû par ladite communauté. On doit comprendre dans cet état, non seulement ce qu'elle devait à la société lors de sa dissolution, mais ce qu'elle a pu devoir à la communauté depuis la dissolution, soit pour raison de ce qu'elle aurait retiré du fonds commun, soit pour raison du dommage qu'elle aurait causé par sa faute dans les effets de la communauté.

Pareillement on doit comprendre dans l'état de ce qui est dû par la communauté à chacune des parties, non seulement ce qui lui était dû par la société lors de sa dissolution, mais ce qui a pu lui être dû depuis par la communauté, à cause des déboursés qu'elle aurait faits inutilement pour les affaires communes, ou pour les biens de la communauté depuis la dissolution de la société.

On doit compenser jusqu'à due concurrence le montant des sommes dont chacune des parties est débitrice de la communauté, au montant de celles dont elle est créancière, et arrêter la somme dont elle se trouve, après cette compensation faite, débitrice de la communauté; ou celle dont elle se trouve, après cette compensation faite, créancière de la communauté. Observez que, dans le compte de ce qui a été reçu ou mis pour la société, le livre de société tenu par l'un des associés fait foi entre eux; *Lauterbach.*

168. Après ce compte fait, on dresse la masse, c'est-à-dire, un état détaillé de toutes les différentes choses dont la communauté est composée; et on comprend dans cette masse, au nombre des dettes actives de la communauté, les sommes dont quelques unes des parties se sont trouvées, après la compensation faite, débitrices de la communauté; et au partage de la communauté, on la leur précompte sur leur part.

On dresse aussi un état des dettes passives de la communauté, et on y comprend les sommes dont quelques unes des parties se seraient trouvées au compte de la communauté, après compensation faite, créancières de la communauté. Ces sommes doivent être par elles prélevées au partage de la communauté.

Chacune des choses dont la communauté est composée, soit meubles, soit héritages, est portée dans cette masse pour une certaine estimation.

Les parties peuvent faire elles-mêmes cette estimation, lorsqu'elles sont en état de la faire, qu'elles en sont d'accord, et qu'elles sont toutes majeures : sinon l'estimation se fait par un ou par plusieurs estimateurs dont elles conviennent : et si elles n'en peuvent convenir, le juge du partage en nomme d'office.

169. Après cette masse dressée, on peut procéder au partage, à commencer par celui des meubles.

Chacune des parties est bien fondée à demander que sa part dans les effets qui sont à partager, lui soit délivrée en nature, et que, pour cet effet, il en soit fait des lots qui seront tirés au sort, les autres ne pouvant pas l'obliger à en souffrir la vente, à moins qu'il n'y eût des dettes de la communauté à acquitter, qui ne pussent l'être que par le prix de la vente des meubles; auquel cas on doit vendre des meubles jusqu'à concurrence de ce qu'il faut pour les acquitter, à commencer par les meubles périssables.

Chacune des parties peut demander la vente des meubles jusqu'à concurrence, non seulement de ce qu'il faut pour payer ce que la communauté

doit à des étrangers, mais aussi de ce qu'il faut pour le payer de la somme qui lui est due par la communauté, et qu'il a droit de prélever avant le partage.

Si ses copartageans étaient créanciers de la communauté aussi bien que lui, ils feraient compensation de leurs créances jusqu'à due concurrence, et il n'aurait à prélever que la somme dont il serait créancier de plus qu'eux.

170. Après le partage des meubles, on procède à celui des immeubles, s'il y en a, et on compose pareillement des lots des choses qui sont à partager.

Il est rare que ces lots puissent être égaux, et précisément de la somme qui revient à chacun des copartageans dans la masse. Pour remédier à cela, et pour égaler les copartageans, on charge le lot qui est trop fort, d'un retour envers celui qui est trop faible. Par exemple, si la masse des biens qui sont à partager entre deux copartageans est de 20,000 liv., et que la part que chacun y doit avoir soit de 10,000; si l'un des deux lots est de 12,000 liv., et l'autre de 8,000, on chargera le lot de 12,000 liv. d'un retour de 2,000 liv. envers celui de 8,000 liv. Par ce moyen les lots seront égalés, celui de 12,000 liv. se trouvant réduit à 10,000 liv. au moyen du retour de 2,000 liv. dont on le charge, et celui de 8,000 liv. se trouvant augmenté à 10,000 liv. au moyen du retour de 2,000 liv. qu'il recevra de l'autre.

Lorsqu'un des ci-devant associés trouve en nature dans la masse des biens de la communauté les choses qu'il y a mises, soit meubles, soit héritages, il n'est pas fondé à les avoir préférablement à ses associés, en leur laissant prendre d'autres effets de pareille valeur; il n'y a pas plus de droit qu'eux.

171. Quelquefois les parties licitent entre elles les choses qu'elles ont à partager, surtout les héritages, au lieu de les partager; et cette licitation tient lieu du partage.

Liciter une chose, c'est l'adjuger au plus offrant et dernier enchérisseur pour lui appartenir en entier, à la charge par lui de rapporter le prix pour lequel elle lui a été adjugée; prix qui sera distribué entre les copartageans pour la part que chacun d'eux avait dans la chose.

Voyez ce que nous avons dit sur la licitation, en notre *Traité du Contrat de Vente, part.* 7, *art.* 7.

Chacune des parties peut obliger les autres à souffrir la licitation, lorsque le partage ne se peut faire autrement, et qu'il n'y a pas assez d'héritages pour en faire autant de lots qu'il y a de copartageans; surtout lorsqu'il n'y a qu'un seul corps d'héritage, qu'on ne peut partager sans le déprécier.

On peut même y obliger les mineurs; mais il faut constater auparavant que le partage ne se peut faire autrement.

Lorsqu'il se peut faire autrement, et qu'il y a suffisamment d'héritages pour faire autant de lots qu'il y a de copartageans, aucune des parties majeures ou mineures ne peut être obligée malgré elle à souffrir la licitation.

Lorsqu'entre les parties licitantes il y a quelques mineurs, la licitation ne peut se faire qu'à l'audience du juge, et on y doit admettre les enchères des étrangers.

Lorsque toutes les parties sont majeures, on n'admet les enchères étrangères que lorsque quelqu'une des parties le demande; et il n'est pas nécessaire d'aller devant le juge pour faire la licitation.

172. A l'égard des dettes actives de la communauté, quoique par elles-mêmes elles soient divisées de plein droit, *nomina ipso jure dividuntur*, et qu'elles n'aient pas en conséquence besoin de partage; *l.* 6, *Cod. fam. erc.*; *l.* 4, ff. *dict. tit.*; néanmoins, comme ce serait une chose trop embarrassante que chacun des ci-devant associés se fît payer de sa part par chacun de tous les débiteurs de la société ou communauté, on a coutume de lotir celles qui sont dues par de bons débiteurs, de même que les autres effets de la communauté.

Par le droit romain, il fallait que celui, au lot duquel elles étaient tombées, se fît céder par les autres leurs actions pour les parts qu'ils y avaient chacun, et les intentât tant en son nom qu'au leur; *l.* 2, § 5, ff. *fam. erc.* Dans notre droit, cette cession d'actions n'est pas nécessaire; et celui, au lot duquel les dettes actives sont tombées, en signifiant aux débiteurs un extrait de son lot de partage, peut en son nom seul en exiger le paiement.

A l'égard des dettes caduques ou douteuses, on ne les lotit pas; mais on charge du recouvrement quelqu'une des parties, ou même quelquefois un étranger, qui doit rendre compte de ce qu'il en recevra à chacune des parties pour la part qu'elle y a.

173. Il est évident que les dettes passives de la communauté ne tombent pas en partage. Néanmoins, lorsque le prix de la vente des meubles n'a pas suffi pour les acquitter, on les distribue assez souvent entre les copartageans, qui se chargent chacun d'acquitter certaines dettes. Mais cet arrangement, par lequel l'un des copartageans s'est chargé d'acquitter certaines dettes, n'en décharge pas les autres envers les créanciers; *l.* 25, *Cod. de pact.*; il oblige seulement celui qui s'en est chargé, d'en acquitter ses copartageans.

Les frais de l'acte de partage, et de tous ceux

qui se font pour y parvenir, doivent être pris sur la chose, c'est-à-dire qu'on doit les prélever sur les deniers communs, s'il y en a; sinon chacun des copartageans doit y contribuer à proportion de la part qu'il a dans la masse.

174. Il reste à observer, à l'égard des partages et autres actes qui en tiennent lieu, que l'égalité y est plus scrupuleusement requise que dans les contrats commutatifs, tels que les contrats de vente, d'échange, etc. Dans ceux-ci, un majeur n'est pas reçu à demander la rescision du contrat pour la seule cause de la lésion qu'il y a soufferte, si elle n'est de plus de moitié : mais dans les partages et autres actes qui en tiennent lieu, il suffit qu'elle excède le quart de ce qui devait appartenir à celui qui se plaint du partage, comme nous l'avons vu en notre *Traité des Obligations*, *n.* 35.

§ III. DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT DU PARTAGE.

175. Celui des copartageans, qui est chargé d'un retour, contracte par le partage l'obligation d'acquitter ce retour.

Ces retours consistent en en une somme de deniers ou en une rente, suivant que les parties en sont convenues.

Lorsque le retour consiste dans une somme de deniers, dont un lot doit faire retour à tel autre lot, ce retour est une dette personnelle de cette somme : celui, à qui tombe le lot chargé du retour, contracte cette dette envers celui dans le lot duquel le retour est tombé : il ne pourrait s'en libérer en offrant d'abandonner entièrement son lot.

Dans les partages d'immeubles, et même de meubles frugifères, tels que sont des bestiaux, un fonds de boutique, etc., ces retours produisent de plein droit des intérêts, du jour du partage. Mais lorsque la masse n'était composée que de meubles non frugifères, je pense qu'il en est autrement, et que les intérêts des retours ne sont dus qu'*ex morâ*, c'est-à-dire, seulement du jour de la demande ou commandement fait au débiteur de payer.

Le créancier du retour, a une hypothèque privilégiée sur tous les biens immeubles du lot qui en est chargé, et un privilège sur les meubles dudit lot, semblable à celui d'un vendeur à crédit.

176. Lorsque, dans un partage d'immeubles, le retour, dont un lot est chargé envers un autre lot, consiste dans une rente; *putà*, lorsqu'il est dit que le premier lot donnera en retour au second 100 liv. de rente, ou bien un muid de blé de rente, cette rente est une rente foncière dont les héritages, qui composent ce lot, sont chargés.

Ces rentes sont de même nature et entièrement semblables à celles qui sont créées par bail d'héritage.

Elles sont une charge réelle des héritages compris au lot qui en est chargé; elles sont dues principalement par ces héritages; celui, à qui le lot est tombé, n'en est débiteur qu'à cause desdits héritages qu'il possède, et il peut s'en libérer en les aliénant ou en les déguerpissant, à moins qu'il ne se fût interdit cette faculté par une clause de fournir et faire valoir la rente, ou par quelque autre clause qui exclut le déguerpissement; voyez *notre Traité du Contrat de Bail à Rente*.

Celui, à qui ce retour est tombé, a, pour s'en faire payer, les droits des créanciers de rentes foncières. Ces rentes créées pour retour de partage ne sont pas rachetables, si la faculté de rachat n'en a été expressément accordée par le partage ou depuis; et cette faculté se prescrit : en un mot, tout ce que nous avons dit des rentes foncières dans notre Traité du Contrat de bail à Rente, doit s'appliquer à celles-ci.

177. Tout ce que nous venons de dire n'a lieu que lorsque le lot a été chargé immédiatement d'une rente.

Mais s'il était dit qu'un tel lot retournera à l'autre une telle somme, pour le prix de laquelle il lui fera tant de rente, cette rente ne serait pas une rente foncière; ce serait une rente constituée pour le prix du retour, rachetable à toujours, selon la nature des rentes constituées; ce serait une dette personnelle de celui à qui serait échû le lot qui en est chargé; ce ne serait point une charge réelle des héritages de ce lot, lesquels y seraient seulement hypothéqués.

178. Une autre obligation qui naît du partage, est l'obligation de garantie, que chacun des copartageans contracte réciproquement envers chacun de ses copartageans, pour la garantie des choses comprises dans leurs lots respectifs. Nous avons traité amplement dans le Traité du Contrat de Vente, *part.* 7, *art.* 6, depuis le *n.* 633 jusqu'à la fin de l'article, de tout ce qui concerne cette garantie; et nous y avons observé quatre différences d'avec celle qui naît du contrat de vente : nous y renvoyons pour ne pas répéter.

§ IV. DE L'EFFET DU PARTAGE.

179. L'effet du partage est de dissoudre la communauté qui était demeurée entre les ci-devant associés après la dissolution de la société.

Il y a une grande différence entre notre droit français et le droit romain, sur l'effet du partage. Par le droit romain, le partage était une espèce d'échange; *divisio instar permutationis obtinet;* chacun des copartageans était censé acquérir de ses copartageans les parts qu'ils avaient, avant

le partage, dans les effets compris dans son lot, et leur céder à la place celle qu'il avait, avant le partage, dans les effets compris dans le leur. C'est pourquoi les choses échues au lot de l'un des copartageans demeuraient sujettes aux hypothèques des créanciers de ses copartageans, pour la part qu'y avaient eue ses copartageans avant le partage; *l.* 6, §8, *ff. comm. div.*

Au contraire, selon notre droit français, un partage n'est pas regardé comme un titre d'acquisition, mais comme un acte qui ne fait autre chose que déterminer les parts indéterminées que chacun des copartageans avait, avant le partage, dans la communauté qui était entre eux, aux seules choses échues au lot de chacun d'eux.

Ces actes de partage ont, selon notre droit français, un effet rétroactif. En conséquence les choses échues en chaque lot sont censées avoir toujours seules composé la part qu'avait en la communauté celui au lot duquel elles sont échues. Il est censé avoir été seul le propriétaire de ces choses depuis qu'elles ont été mises en la communauté, ou acquises pour le compte de la communauté, et n'avoir jamais eu aucune part, depuis que la communauté a été contractée, dans les choses échues aux lots de ses copartageans. Le partage, selon ces principes, n'est pas un titre d'acquisition, et chacun des copartageans n'acquiert par le partage rien de ses copartageans. C'est pour cette raison que les partages ne donnent pas d'ouverture aux droits seigneuriaux : c'est aussi pour cette raison que les héritages échus au lot de chacun des copartageans ne sont sujets pour aucune partie aux hypothèques des créanciers particuliers de ses copartageans.

Par exemple, si, par le partage que nous faisons d'une communauté qui est composée d'héritages que nous y avons mis chacun, et d'autres que nous avons acquis pour le compte de la société, les héritages, qui tombent dans mon lot, sont ceux que j'y ai apportés par notre contrat de société, ils seront censés n'avoir jamais cessé de m'appartenir en entier. Le contrat de société que j'ai fait avec vous, par lequel je les ai mis en communauté, ne vous y a donné qu'un droit conditionnel, dépendant de l'événement du partage, pour le cas seulement auquel, par le partage, ils tomberaient dans votre lot : l'événement du partage ayant fait manquer la condition, vous êtes censé n'y avoir jamais eu aucun droit, et n'avoir pu par conséquent les hypothéquer à vos créanciers.

Si ce sont les héritages que vous avez mis en communauté qui échéent dans mon lot, ils sont censés avoir composé ma part dans la communauté, dès le temps du contrat de société par lequel vous les y avez mis. Je suis censé les avoir acquis de vous en entier dès ce temps par le contrat de société, dès l'instant de ce contrat, et non pas seulement par le partage : c'est pourquoi vous n'avez pu, depuis le contrat de société, les hypothéquer, et ils ne peuvent être sujets qu'aux hypothèques que vous avez contractées avant le contrat de société, dont vous êtes obligé de me garantir.

Si les héritages, qui sont échus dans mon lot, sont ceux qui ont été acquis pour le compte de la société durant la société, ils sont pareillement censés m'avoir appartenu en entier dès le temps qu'ils ont été acquis pour le compte de la société, qui est censée les avoir acquis pour composer la part de celui dans le lot duquel ils tomberaient : ils n'ont pu par conséquent être hypothéqués pour aucune portion par mon copartageant.

180. Ces principes ont lieu à l'égard des partages qui se font avec retour de deniers, et même à l'égard des licitations. Lorsqu'un héritage, qui composait seul la communauté qui était entre vous et moi, m'a été adjugé par licitation, cet héritage, depuis qu'il est dans la communauté, est censé m'avoir toujours appartenu en entier, et vous êtes censé n'avoir jamais eu autre chose pour votre part en la communauté, que la somme que je suis obligé de vous payer pour votre part dans le prix de la licitation; vous n'avez pu par conséquent hypothéquer cet héritage pour aucune partie durant la communauté.

PREMIER APPENDICE.

Du quasi-contrat de communauté.

181. La communauté, soit d'une universalité de choses, soit de choses particulières, qui est entre deux ou plusieurs personnes, sans qu'il y ait eu entre elles aucun contrat de société ni aucune autre convention, est une espèce de quasi-contrat.

On peut apporter pour exemple de cette espèce de communauté, celle des biens d'une succes-

sion échue à plusieurs héritiers, ou de choses léguées conjointement à plusieurs légataires.

Le rapport de cette communauté sans société, avec le contrat de société, nous a porté à en dire quelque chose par forme d'appendice à notre *Traité du Contrat de Société*.

Nous verrons, 1° en quoi cette communauté diffère de la société, et en quoi elles conviennent l'une et l'autre; 2° quel est le droit des quasi-associés dans les choses communes, et comment ils sont tenus des dettes de la communauté; 3° quelles sont les obligations que le quasi-contrat de communauté forme entre les quasi-associés. 4° Nous traiterons des manières dont elle prend fin, et de son partage : ce sera la matière de quatre articles. Nous en ajouterons un cinquième sur la communauté des murs mitoyens.

ARTICLE PREMIER.

En quoi diffère cette communauté de la société, et en quoi conviennent-elles l'une et l'autre ?

182. La principale différence entre la société et cette espèce de communauté, c'est que la société est un contrat, et que la communauté, qui en résulte, est formée par la volonté et le consentement des parties. Au contraire, cette espèce de communauté n'est pas un contrat, et elle se forme sans le consentement et la volonté des parties. Par exemple, la communauté, que forme une succession échue à plusieurs héritiers, ou un legs fait à plusieurs légataires, est certainement formée sans qu'il intervienne aucun contrat entre ces héritiers ou ces légataires; et ce n'est pas leur consentement qui la forme, puisqu'elle se forme avant même qu'ils aient eu connaissance de la succession ou du legs, et souvent sans qu'ils se connaissent.

183. On peut encore apporter cette différence, que la communauté, que forme la société, est toujours formée par un seul et même titre, qui est le contrat de société; au lieu que cette espèce de communauté sans société peut se former ou par un même titre, ou par différens titres.

Par exemple, lorsqu'un testateur a légué à quelqu'un la moitié ou une autre quantité de ses biens, la communauté des biens de sa succession, qui se forme après sa mort entre ses héritiers et ce légataire universel, est formée par deux différens titres; savoir par le titre de succession à l'égard des héritiers, et par le titre de legs à l'égard du légataire universel.

184. A ces différences près, la société et cette espèce de communauté sans société conviennent entre elles : c'est pourquoi on peut l'appeler *quasi-société, quasi-contrat de société;* et ceux, entre qui elle est établie, peuvent être appelés des *quasi-associés.*

Ses rapports avec la société concernent, 1° le droit des *quasi-associés*, à l'égard des choses communes, et la manière dont ils sont tenus des dettes de la communauté; 2° les obligations respectives qu'elle forme entre les *quasi-associés;* 3° enfin le partage qui doit être fait de cette communauté.

ARTICLE II.

Du droit des quasi-associés dans les choses communes; et comment ils sont tenus des dettes.

185. Le droit de chacun de ces *quasi-associés* dans les choses qui leur sont communes, est le même que celui des associés dans les choses dont une société est composée, voyez *ce que nous en avons dit au chapitre* 5.

186. Chacun de ces *quasi-associés*, lorsque c'est une universalité de biens qui est commune entre eux, est tenu des dettes de cette universalité de biens, pour la même part qu'il a dans cette universalité. Par exemple, plusieurs héritiers ou plusieurs légataires universels sont tenus chacun des dettes d'une succession dont les biens sont communs entre eux, pour la même part que chacun d'eux a dans lesdits biens.

On peut opposer contre ce principe, que l'unique héritier du défunt, qui se trouve être en communauté avec le légataire universel de la moitié desdits biens, est tenu, pour le total, des dettes de la succession envers les créanciers de la succession, sauf son recours pour la moitié contre le légataire universel, quoique cet héritier n'ait que moitié dans les biens de la succession.

Je réponds, que c'est par une raison particulière : la voici. Un héritier est tenu, en deux qualités, des dettes de la succession : il en est tenu comme successeur aux biens dont les dettes sont une charge. S'il n'en était tenu qu'en cette qualité, il n'en serait tenu, suivant notre principe, que pour la part qu'il a dans les biens; mais il en est tenu en outre en sa qualité d'héritier, c'est-à-dire, de successeur à la personne, et à tous les droits actifs et passifs attachés à la personne du défunt : et comme il est héritier unique, il succède pour le total aux obligations personnelles du défunt. Il est donc tenu des dettes du défunt pour le total, et il ne peut s'en libérer en abandonnant les biens, parce qu'il ne peut pas se dépouiller de sa qualité d'héritier, qui est attachée à sa personne. En cela, un héritier est différent d'un légataire et des autres successeurs universels, qui n'étant que successeurs aux biens, peuvent se décharger des dettes en abandonnant les biens.

187. A l'égard des dettes contractées pour

les affaires de la communauté durant la communauté, tel que serait un marché fait avec des ouvriers pour des réparations à faire à quelque héritage commun, il n'y a que celui des *quasi-associés* qui les a contractées, qui en soit tenu envers les créanciers, sauf à lui à s'en faire indemniser par ses *quasi-associés*, pour la part que chacun d'eux a dans la communauté, lorsqu'elles ont été utilement contractées.

Lorsque ces *quasi-associés* les ont contractées ensemble, s'il n'y a pas une clause de solidité exprimée, chacun d'eux n'en est tenu envers le créancier que pour sa portion virile; de même que nous l'avons décidé *suprà*, à l'égard des sociétés particulières qui ne sont pas sociétés de commerce; sauf à se faire raison entre eux de ce que chacun d'eux en doit porter de plus ou de moins que cette portion virile, eu égard à la part qu'il a dans la communauté.

188. A l'égard des charges réelles des héritages, soit que la communauté soit d'une universalité de biens dont ces héritages font partie, soit que ce soit une communauté particulière desdits héritages, chacun des *quasi-associés* en est tenu pour la part qu'il a dans lesdits héritages, lorsque les charges consistent en quelque chose de divisible. Au contraire, si la charge consistait en quelque chose d'indivisible, telle qu'est la charge d'un droit de servitude prédiale, chacun en serait tenu pour le total, parce qu'on ne peut pas être tenu seulement pour partie, d'une charge qui est de nature à n'être pas susceptible de parties.

Pareillement, lorsque ces charges sont de celles qui sont charges non seulement de toute la chose, mais de toutes les parties de la chose, telles que sont les hypothèques et les rentes foncières, qui sont *jus in fundo, et in quâlibet parte fundi*, chacun des quasi-associés en est tenu pour le total.

ARTICLE III.

Des obligations respectives que le quasi-contrat de communauté forme entre les quasi-associés.

189. La communauté, en laquelle deux ou plusieurs personnes se trouvent, soit d'une universalité de biens, soit de choses particulières, sans qu'il soit intervenu entre elles aucun contrat de société, forme entre elles à peu près les mêmes obligations que celles que forme entre des associés le contrat de société.

Chacun de ces quasi-associés doit, en premier lieu, faire raison à ses quasi-associés, pour la part que chacun d'eux a dans la communauté, de tout ce dont il est débiteur à cette communauté.

Il lui est débiteur, 1° de ce qu'il en a tiré. Par exemple, si un héritier a employé à ses affaires particulières des deniers de la succession qui n'a point encore été partagée entre lui et ses cohéritiers, il est débiteur de cette somme à la communauté.

Il en doit même les intérêts, suivant la loi 1, § 1, ff. *de usur.* ci-dessus rapportée, au *n.* 119, dans laquelle le terme de *socius* doit s'entendre tant d'un quasi-associé que d'un véritable associé.

Mais si l'un des héritiers ou légataires universels des biens d'une succession avait reçu d'un débiteur de la succession sa part de cette dette; quoique, par l'insolvabilité de ce débiteur, survenue depuis, ses cohéritiers ou colégataires universels, qui n'avaient pas été si vigilans que lui, n'eussent pu être payés de la leur, il ne serait pas obligé de rapporter à la masse ce qu'il a reçu pour sa part, à moins qu'il n'eût été préposé par ses cohéritiers ou colégataires pour faire le recouvrement des dettes de la succession; auquel cas il ne devrait pas se faire payer préférablement aux autres. En cela, les quasi-associés sont différens des associés; *suprà*, *n.* 122.

190. 2° Chacun des *quasi-associés* est débiteur à la communauté, et par conséquent à ses *quasi-associés*, pour la part que chacun d'eux a dans la communauté, de la valeur du dommage qu'il a causé, soit dans les choses, soit dans les affaires de la communauté: *Incerti juris non est in familiæ erciscundæ judicio, earum rerum quas ex cohæredibus quidam de communibus obsumpserunt, vel deteriores fecerunt, rationem esse habendam, ejusque rei cæteris indemnitatem præstandam; l.* 19, *Cod. fam. ercisc.*

Paul décide la même chose à l'égard de toutes les autres espèces de quasi-associés: *Venit in communi dividundo judicium, etiam si quis rem communem deteriorem fecerit; l.* 8, § 2, ff. *Comm.*

Un quasi-associé tel qu'est un cohéritier, est tenu du dommage qu'il a causé, non seulement lorsque c'est par malice, mais même lorsque c'est par sa faute légère qu'il l'a causé: *Non tantùm dolum, sed et culpam in re hæreditariâ præstare debet cohæres; l.* 25, § 16, ff. *fam. ercisc.* Ses cohéritiers sont d'autant mieux fondés à le rendre responsable de la faute légère, qu'il ne peut leur dire: Pourquoi m'êtes-vous venu chercher pour m'associer avec vous? C'est le sens de ces termes de la loi qui suivent, *quoniam cum hærede non contrahimus, sed in eum; d.* §. Cujas, *ad h.* §.

Au reste, il n'est pas tenu de la faute la plus légère, *de levissimâ culpâ*, comme l'est une

personne qui, sans aucune nécessité, s'ingère dans la gestion des affaires d'autrui qui ne le concernent point; car ayant part dans celles de la communauté, il avait une raison pour s'en mêler. C'est pourquoi Paul ajoute : *Non tamen diligentiam præstare debet qualem diligens*[1] *paterfamiliâs ; quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi ; et ideò negotiorum gestorum actio non competit ; talem igitur diligentiam præstare debet qualem suis rebus; dict.* §.

Ce qui est dit ici d'un cohéritier, s'applique à toutes les sortes de *quasi-associés : Eadem sunt si duobus res legata sit ; dict.* §.

191. Une autre obligation, que la communauté forme entre les quasi-associés, semblable à celle que le contrat de société forme entre les associés, est que chacun des *quasi-associés* est tenu, pour la part qu'il a dans la communauté, d'indemniser ceux de ses quasi-associés qui ont déboursé quelque somme ou contracté quelque obligation pour les affaires de la communauté.

Lorsque, entre les quasi-associés, il y en a quelqu'un d'insolvable, la part, dont l'insolvable est tenu envers le quasi-associé créancier de la communauté, doit se répartir entre ce quasi-associé créancier, et ses quasi-associés solvables ; *Voyez* ce que nous en avons dit à l'égard des associés solvables, *n.* 132.

192. C'est encore une des obligations que forme la communauté, que chacun des quasi-associés est obligé de contribuer pour la part qu'il a dans la communauté, aux réparations qui sont à faire aux choses communes, à moins qu'il ne voulût abandonner la part qu'il a dans la chose; *Voyez* ce que nous avons dit *suprà*, *n.* 86, à l'égard des associés.

Il y a un cas auquel le quasi-associé ne serait pas reçu à abandonner sa part pour s'en décharger; c'est celui auquel, dans une ville, un mur qui fait la clôture de deux maisons voisines, est commun entre les voisins : car les lois de police imposant aux voisins l'obligation de construire à frais communs un mur jusqu'à une certaine hauteur réglée par les Coutumes, pour s'enclore ; lorsqu'il y en a un, chacun d'eux n'est pas recevable à abandonner la part qu'il y a, pour se décharger de contribuer à sa réparation jusqu'à ladite hauteur.

ARTICLE IV.

Comment la communauté prend fin; et de son partage.

193. La communauté ne peut prendre fin que de trois manières : ou par le partage, ou par la cession ou abandon que l'un des deux associés ou quasi-associés ferait de sa part à l'autre ; ou enfin par l'extinction des choses communes; et même en ce cas, les obligations, que la communauté aurait formées entre les quasi-associés pendant qu'elle durait, ne laisseraient pas de subsister, nonobstant cette extinction, jusqu'à ce que les quasi-associés en eussent compté, et s'en fussent fait raison.

194. Les actions, qu'a chacun des quasi-associés contre ses quasi-associés pour parvenir au partage, sont, savoir, entre les cohéritiers, l'action *familiæ erciscundæ* ; entre toutes les autres espèces de quasi-associés, l'action *communi dividundo.*

Ces deux actions, dans nos usages, ne diffèrent en rien l'une de l'autre. Elles sont différentes de l'action *pro socio.* Celle-ci est une action entièrement personnelle, qui naît des obligations du contrat de société : les actions *familiæ erciscundæ*, et *communi dividundo*, sont de celles qu'on appelle mixtes ; *quæ mixtam causam habere videntur tàm in rem quàm in personam ; Instit. tit. de act.* § 21. Elles tiennent de l'action réelle, en ce qu'elles tendent à réclamer, à revendiquer en quelque façon, et à faire terminer la part qu'a le demandeur dans des choses communes. Elles tiennent aussi de l'action personnelle, en ce qu'elles naissent des obligations que la communauté forme entre les quasi-associés, et qu'elles tendent à en exiger l'accomplissement, et à se faire faire raison de ce qu'ils peuvent respectivement se devoir.

195. Chacun des cohéritiers ou autres quasi-associés peut intenter cette action contre tous ses cohéritiers ou autres quasi-associés; sauf que les mineurs ne peuvent pas provoquer le partage des immeubles communs, quoiqu'ils puissent y être provoqués, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 164.

Un seul a le droit de faire ordonner le partage, quand même tous ses quasi-associés voudraient demeurer en communauté ; *l.* 43, ff. *fam. ercisc. ; l.* 29, § 1, *comm. divid.*

C'est une suite de ce principe, que *In communione nemo compellitur invitus detineri ; l.* 5, *Cod. comm. divid.*

196. Quelle que soit la chose commune entre deux ou plusieurs personnes, chacune d'elles peut, par ces actions, en faire cesser la communauté, quand même la chose n'en serait pas susceptible; car chacun peut, en ce cas, en demander, par ces actions, la licitation; *suprà*, *n.* 171.

Ce principe souffre une exception à l'égard des murs communs, qui font la séparation de deux maisons voisines, et des autres choses

[1] *Id est diligentissimus : positivum hic sumitur pro superlativo.*

communes entre deux voisins, qui sont absolument nécessaires pour l'usage de leurs maisons, telle qu'est une allée commune ou un escalier commun qui sert de passage aux deux maisons, un puits commun, etc. C'est ce que décide la loi 29, § 1, *comm. divid. De vestibulo communi binarum ædium arbiter communi dividundo invito utrolibet dari non debet.*

197. La demande en partage ne peut être exclue, ni par le testament d'un testateur qui aurait laissé ses biens à plusieurs légataires, à la charge qu'ils ne les partageraient pas, et qu'ils demeureraient toujours en communauté, ni par la convention que les quasi-associés auraient eue ensemble de ne point partager. De telles clauses dans un testament, et de telles conventions, sont nulles, lorsqu'elles sont illimitées. Mais lorsqu'elles sont limitées à un certain temps, elles sont valables, et doivent être exécutées; comme s'il était dit par le testament d'un père, que le partage définitif de tous ses biens ne pourrait se faire qu'à la majorité de tous ses enfans, ou qu'ils en fussent convenus ensemble.

Tant que les quasi-associés possèdent en commun les biens qui leur sont échus en commun, y eût-il cent ans, la prescription ne court pas contre la demande en partage; comme nous l'avons vu à l'égard des associés, *n.* 166.

198. Le compte mobilier, qui est à faire entre les quasi-associés, de ce dont chacun est débiteur ou créancier envers la communauté, et le partage entre choses communes, se font de la même manière que nous l'avons dit à l'égard des associés. Ce que nous avons dit sur l'égalité requise dans ces partages entre les associés, sur les obligations qui en naissent, soit par rapport au paiement des retours, soit par rapport à la garantie dont les copartageans sont tenus les uns envers les autres, enfin sur l'effet des partages, reçoit application aux quasi-associés.

ARTICLE V.

De la communauté de murs mitoyens, et autres choses qui sont communes entre voisins.

Nous verrons sur cette matière, 1° quels murs sont mitoyens et communs, et quand ils sont présumés tels; 2° quel droit donne à chacun des voisins la communauté du mur mitoyen; 3° quelles sont les obligations que forme cette communauté entre les voisins. Nous ajouterons un quatrième paragraphe sur la communauté des baies et des fossés : dans un cinquième, nous ferons quelques observations sur celle des cloaques et privés.

§ I. QUELS MURS SONT MITOYENS ET COMMUNS; ET QUAND ILS SONT PRÉSUMÉS TELS.

199. Un mur est mitoyen et commun, lorsque des voisins l'ont fait construire à frais communs sur les extrémités de leurs héritages respectifs; ou lorsque l'un des voisins l'ayant fait construire à ses frais sur l'extrémité de son héritage, l'autre voisin en a acquis de lui la communauté.

Contre la notion que nous venons de donner d'un mur mitoyen et commun, on peut opposer que, selon la subtilité, un mur construit sur les extrémités de deux héritages n'est pas proprement commun; car on appelle une chose commune celle qui, non seulement dans sa totalité, mais dans chacune de toutes ses parties, appartient à deux ou plusieurs personnes, pour la part que chacun y a. Or, selon la subtilité, il semble qu'on ne puisse pas dire cela d'un mur mitoyen. Ce mur étant construit dans une partie de son épaisseur sur l'extrémité du terrain de l'un des voisins, et dans l'autre partie de son épaisseur sur l'extrémité du terrain de l'autre voisin, et formant, quant à chacune desdites parties, un accessoire du terrain sur lequel il est construit, suivant la maxime, *Ædificium solo cedit;* ce mur, dans la partie de son épaisseur qui est construite sur le terrain de l'un des voisins, paraît, selon la subtilité, devoir appartenir entièrement à ce voisin, et appartenir dans l'autre partie de son épaisseur entièrement à l'autre, selon la maxime, *Accessorium sequitur jus ac dominium rei principalis.*

Néanmoins, comme ces deux parties de mur mitoyen sont inséparables, et ne forment ensemble qu'un même individu, *hâc neglectâ subtilitate*, le mur est censé une chose commune entre les deux voisins.

200. Lorsqu'un mur ayant été d'abord construit à frais communs sur les extrémités de deux héritages voisins, l'un des voisins l'a fait depuis élever plus haut à ses frais, ce mur est mitoyen; mais il n'est commun que jusqu'à la hauteur à laquelle il a d'abord été élevé à frais communs : il ne l'est pas pour le surplus, et il appartient pour ce surplus à celui des voisins qui l'a fait élever à ses frais.

201. Lorsqu'on ignore par qui, et aux frais de qui, un mur, qui sépare deux héritages voisins, a été construit, et par conséquent s'il est commun, ou s'il est propre à l'un des voisins, on doit tenir ces règles :

Lorsque le mur, qui sépare deux héritages voisins, n'est qu'un mur de clôture, et qu'il n'y a ni d'un côté ni de l'autre aucuns bâtimens, ni vestiges qu'il y en ait eu, le mur est présumé commun, n'y ayant pas de raison de le présumer appartenir à l'un des voisins plutôt qu'à l'autre.

202. Lorsque le mur soutient des bâtimens qui ne sont que d'un côté, et que de l'autre il n'y a ni bâtimens, ni vestiges qu'il y en ait eu, le mur est présumé n'appartenir qu'à celui des

voisins dont il soutient le bâtiment ; la présomption étant que c'est ce voisin, qui avait besoin de ce mur pour son bâtiment, qui l'a fait construire sur son terrain et à ses dépens, et que l'autre voisin, qui n'avait aucun intérêt à la construction de ce mur, n'ayant pas de bâtimens contre, n'y a pas contribué.

Cela est indistinctement vrai à la campagne : mais dans les villes où il y a une loi qui permet à chacun d'obliger son voisin à faire, à frais communs, un mur pour se clore comme à Paris, *art.* 209, et à Orléans, *art.* 236, tous murs, même ceux qui n'ont de bâtimens que d'un côté, sont censés communs depuis la fondation jusqu'à la hauteur que la loi du lieu prescrit pour les murs de clôture : ils ne sont présumés appartenir à celui des voisins dont ils soutiennent les bâtimens, que pour le surplus. La raison de cette présomption est, que le voisin, qui n'a pas de bâtimens de son côté, ayant pu, selon la loi du lieu, être obligé par l'autre voisin à construire, à frais communs, un mur de la hauteur prescrite par la loi, on doit présumer que lui ou ses auteurs y auront été obligés par l'autre voisin, et qu'ils l'auront construit à frais communs jusqu'à ladite hauteur. A l'égard de ce qui est au-delà de ladite hauteur, la présomption est que c'est le voisin qui en avait besoin pour élever son bâtiment, qui a fait seul à ses frais cette élévation.

203. Lorsqu'il y a des bâtimens de chaque côté du mur, le mur est présumé commun ; sauf que, si ceux, qui sont de mon côté, sont plus élevés que ceux qui sont du vôtre, le mur ne sera censé commun que jusqu'à la hauteur des vôtres : il sera présumé appartenir à moi seul pour le surplus, la présomption étant que cette élévation n'a été faite qu'à mes frais, et que vous n'y avez pas contribué.

204. Quoiqu'il n'y ait des bâtimens que de l'un des côtés du mur, et qu'il n'y en ait plus de l'autre côté ; néanmoins, s'il y a des vestiges de bâtimens qui y ont été adossés autrefois, ces vestiges de bâtimens font présumer la communauté du mur jusqu'à la hauteur où sont ces vestiges, de même que la feraient présumer les bâtimens, s'ils subsistaient encore ; car ils n'auraient pu y être construits, si le mur n'eût été commun, ou si on n'en eût pas acquis la communauté.

C'est sur ce fondement que notre Coutume d'Orléans, *art.* 242, dit : « Jambages de cheminées, lanciers et autres pièces assises en muraille et ayant saillies ; et aussi bées et ouvertures de cheminées démontrent, du côté où ces choses sont assises, que le mur est commun. »

205. Notre Coutume d'Orléans, *art.* 241, rapporte une autre marque qui fait présumer la communauté du mur, quoiqu'il n'y ait des bâtimens que de l'un des côtés du mur, et qu'il n'y en ait aucun de mon côté, ni vestiges qu'il y en ait eu : ce sont des corbeaux de pierre dans ce mur, saillans de mon côté, où il n'y a pas de bâtimens. Lorsque ces corbeaux sont accamusés par dessous, et que le plat est en haut, la Coutume présume le mur commun dans toute sa hauteur. La raison de cette présomption est, que la situation de ces corbeaux, dont le plat se trouve en dessus, et par conséquent disposé à recevoir le faix des bâtimens que j'y voudrai faire construire, dénote que, lorsqu'il a été construit, il était destiné à des bâtimens de mon côté, aussi bien que de l'autre ; ce qui doit faire présumer qu'il a été construit à frais communs.

Au contraire, lorsque ces corbeaux sont accamusés par dessus, et que le plat est par dessous, la présomption est que ces corbeaux n'ont été placés que pour marquer jusqu'où le mur était commun. C'est pourquoi, en ce cas, la Coutume ne les présume communs que jusqu'à la hauteur des corbeaux.

Les filets peuvent aussi, à défaut d'autres présomptions, servir d'indice de la communauté ou de la propriété d'un mur mitoyen.

Ces filets sont une moulure qui saille au bout du chaperon du mur ; voyez ***Desgodets sur l'article* 214 *de Paris*.**

Ces filets, lorsqu'ils sont des deux côtés, et que le chaperon a deux pentes, dénotent que le mur est commun. Au contraire, lorsque le filet et la pente du chaperon ne sont que d'un côté, ils dénotent que le mur appartient au voisin de ce côté. Mais pour que ces filets puissent faire quelqu'indice, la Coutume de Paris, *art.* 214, veut qu'ils soient faits ou *accompagnés de pierre*, parce qu'il serait très-facile à un voisin, qui voudrait s'attribuer la communauté ou la propriété du mur, de faire de son côté des filets en plâtre à l'insu de l'autre voisin.

206. Il n'y a lieu à ces présomptions qu'à défaut de titres qui constatent ou la communauté ou la propriété du mur.

§ II. OU DROIT QUE LA COMMUNAUTÉ DU MUR MITOYEN DONNE A CHACUN DES VOISINS.

207. C'est un principe général, que la communauté d'une chose donne à chacun de ceux, à qui elle appartient en commun, le droit de s'en servir pour les usages auxquels elle est par sa nature destinée, avec ce tempérament néanmoins, qu'il en doit user en bon père de famille, et de manière qu'il ne cause aucun préjudice à ceux avec qui la chose lui est commune, et qu'il n'empêche point l'usage qu'ils en doivent pareillement avoir.

Quels sont les usages naturels d'un mur

mitoyen, et pourquoi le fait-on? C'est pour s'enclore, et pour appuyer contre, les choses qu'on juge à propos d'y appuyer, et notamment les bâtimens et édifices qu'on juge à propos de construire contre. La communauté au mur mitoyen doit donc donner à chacun des voisins le droit de bâtir contre.

Pour cet effet, celui, qui veut construire un bâtiment contre le mur commun, peut le percer pour y placer et asseoir des poutres et autres bois de bâtiment qu'il fait construire; *l.* 52, § 13, ff. *pro soc.; l.* 12, ff. *comm. divid.*

Il y a, néanmoins, à cet égard une différence entre les Coutumes. Plusieurs, du nombre desquelles est celle d'Orléans, *art.* 232, permettent à celui qui veut bâtir contre le mur commun, de le percer tout outre, et d'asseoir ses bois dans toute l'épaisseur du mur, à la charge par lui de reboucher les trous. Au contraire, d'autres Coutumes, du nombre desquelles est celle de Paris, *art.* 208, ne lui permettent de loger ses poutres que jusqu'à la moitié de l'épaisseur du mur, et au point du milieu.

Il ne faut pas conclure de là que ces Coutumes regardent le mur mitoyen, selon la subtilité, comme appartenant divisément à chacun des voisins, dans la moitié de l'épaisseur qui est de son côté. D'autres raisons ont pu porter les Coutumes à faire cette disposition, telles que celles rapportées par Desgodets sur cet article, qui sont, que si les poutres de ma maison étaient assises sur toute l'épaisseur du mur commun, il y aurait lieu de craindre que si le feu venait à y prendre, il ne se communiquât à la maison du voisin, les deux pouces de maçonnerie, qui recouvriraient de son côté le mur, n'étant pas suffisans pour empêcher le feu de se communiquer aux bois de sa maison, qui pourraient se rencontrer vis-à-vis; comme aussi de peur que, si ma maison venait par quelque accident à se détruire, et mes poutres à se casser, cela n'entraînât la ruine de la maison du voisin.

Les commentateurs de la Coutume de Paris, et Laurière en sa note sur ledit article 208, nous attestent qu'il ne s'observe plus, et qu'on permet aujourd'hui d'asseoir ses poutres sur toute l'épaisseur du mur mitoyen. Goupi nous en donne la raison, qui est qu'on ne bâtit plus aujourd'hui aussi solidement qu'autrefois, et que les murs n'ayant ordinairement aujourd'hui guère plus de dix-huit pouces d'épaisseur, si les poutres n'étaient placées que jusqu'au point du milieu, elles n'auraient pas assez de portée.

208. Les Coutumes ont apposé quelques limitations à la faculté qu'elles donnent de bâtir contre un mur commun, qui sont fondées sur la deuxième partie du principe que nous avons proposé au commencement de ce paragraphe, que nous devons user de la chose commune en bons pères de famille, et sans causer de préjudice à celui avec qui elle nous est commune.

1° Les Coutumes, en permettant à celui qui veut bâtir de percer un mur commun pour y asseoir ses bois, en exceptent l'endroit où le voisin a ses cheminées. Notre Coutume d'Orléans, *art.* 232, celles de Melun, d'Auxerre et plusieurs autres, en ont des dispositions. Néanmoins j'apprends par une note manuscrite de M. Manthelon, que, par sentence du bailliage d'Orléans, qui fut confirmée par arrêt de la cour, un particulier eut congé de la demande donnée contre lui pour retirer une poutre qu'il avait posée sur le mur commun vis-à-vis de la cheminée du voisin, parce qu'il y avait un contre-mur suffisant pour garantir le danger du feu; ce qui remplissait l'esprit de la Coutume, qui n'a fait cette défense que pour éviter ce danger. On ne doit pas, néanmoins, tirer de cet arrêt une conséquence générale qu'on puisse, en faisant un contre-mur, asseoir ses bois contre les cheminées du voisin.

209. 2° Les Coutumes défendent à celui qui bâtit contre le mur commun, d'asseoir ses solives et poutres à l'endroit et contre les solives auparavant mises et assises par son voisin; *Orléans, art.* 238.

La raison est, que je dois user de la chose commune de manière que je n'empêche pas l'usage qu'en doit avoir celui avec qui elle m'est commune.

210. 3° La Coutume de Paris, *art.* 207, et quelques autres, ordonnent que le voisin, qui veut asseoir des poutres dans le mur mitoyen et commun, fasse faire *dans ledit mur des jambes, parpaignes, ou chaînes et corbeaux suffisans de pierre de taille pour porter lesdites poutres.*

Jambes parpaignes, comme l'expliquent Desgodets et Laurière, sont une maçonnerie de pierre de taille de toute l'épaisseur du mur, qui est insérée depuis la fondation jusqu'à l'endroit où la poutre doit être posée.

Chaînes, sont même chose que ces jambes, suivant Desgodets et Laurière. Goupi prétend, au contraire, que ce n'est pas même chose, et que la Coutume entend par jambe parpaigne, celle qui est de toute l'épaisseur du mur; et par chaîne, elle entend même celle qui ne serait pas de toute l'épaisseur du mur, et qui peut suffire lorsque l'épaisseur du mur est très considérable.

Lorsque celui, qui veut bâtir, fait faire ces jambes ou chaînes depuis que le mur a été construit, il est évident qu'il en doit seul faire les frais, ainsi que ceux du percement et rétablissement du mur. Mais lorsqu'elles se font lors de la construction du mur, le voisin, qui les fait

faire pour le soutien de ses poutres, peut obliger l'autre voisin à y contribuer, seulement jusqu'à concurrence de ce qu'il lui en coûterait pour sa part, si cette partie de mur se faisait en moellon; *Desgodets sur ledit article*, *n*. 10.

La Coutume de Paris, lors de sa réformation, a restreint cette disposition aux villes. *Toutefois*, est-il dit à la fin de cet article, *pour les murs des champs suffit y mettre matière suffisante*.

Pareillement, dans les Coutumes qui ne s'en sont pas expliquées, celui, qui veut asseoir ses poutres sur le mur commun, dans les villes comme à la campagne, n'est pas précisément et toujours obligé à mettre des jambes et chaînes; mais il doit fortifier le mur, si cela est nécessaire, et autant que cela est nécessaire, pour que le mur puisse sans danger soutenir ses poutres.

211. 4° Il y a certaines choses que les Coutumes défendent de faire contre le mur mitoyen, quoique commun, sans laisser un certain intervalle vide, ou sans faire un contre-mur d'une certaine épaisseur.

Entre une forge, un four ou fourneau, et le mur mitoyen, la Coutume de Paris, *art*. 190, veut qu'il y ait demi-pied d'intervalle vide, et que le mur du four ou de la forge soit d'un pied d'épaisseur.

Goupi restreint cet article aux fours des boulangers, pâtissiers et autres artisans : il prétend qu'il n'est pas nécessaire de laisser ce vide pour les fours de particuliers, qu'on chauffe plus rarement, et qu'il suffit de faire un contre-mur de huit à neuf pouces d'épaisseur. Mais la Coutume n'yant pas fait cette distinction, il ne paraît pas qu'on la puisse faire.

Notre Coutume d'Orléans, *art*. 247, exige aussi, sans distinguer les fours des artisans de ceux des particuliers, qu'on laisse demi-pied d'espace vide entre le mur et le four.

Entre une cheminée et un mur mitoyen, la Coutume de Paris, *art*. 189, veut qu'il y ait un contre-mur de tuileaux, ou autre matière suffisante, de demi-pied d'épaisseur.

Il est évident que la raison de ces deux dispositions est pour prévenir le danger du feu, comme aussi pour empêcher que la chaleur et l'activité du feu n'endommagent le mur.

L'article 188 de la Coutume de Paris oblige, pour une autre raison, celui qui a une étable contre un mur commun à faire dans son étable un contre-mur de huit pouces d'épaisseur.

La raison est, pour empêcher que les fumiers, qu'en laisse long-temps dans les étables, ne pourrissent et ne dégradent le mur commun.

La Coutume règle la hauteur que doit avoir ce contre-mur, jusqu'au rez-de-chaussée de la mangeoire; ce que Desgodets, sur cet article, *n*. 5, entend du bord du haut de la mangeoire.

Dans les Coutumes qui ne s'en sont pas expliquées, la hauteur doit être réglée *arbitrio judicis*, jusqu'à celle des plus hauts monceaux de fumier qu'on a coutume de laisser dans l'étable.

Observez que la Coutume ne parle de la mangeoire que pour régler la hauteur que doit avoir le contre-mur. Il n'en faut pas conclure que ce contre-mur ne doive être fait que lorsque la mangeoire est du côté du mur mitoyen : car ce n'est pas par rapport à la mangeoire que la Coutume ordonne de le faire, mais pour empêcher l'humidité des fumiers de pénétrer jusqu'au mur mitoyen. C'est pourquoi, s'il y avait plusieurs des murs de l'étable qui fussent mitoyens, il faudrait faire un contre-mur le long de chacun desdits murs; *Desgodets*, *ibid*. *n*. 4.

La Coutume comprend sous le mot d'*étables*, les vacheries, bergeries et écuries, et généralement tous les lieux où on entasse des fumiers.

Cet article doit être étendu aux magasins où on loge des morues et autres salines, et aux lieux où on les fait détremper, y ayant même raison.

A l'égard des privés et des puits, la Coutume de Paris, *art*. 191, défend d'en avoir contre un mur mitoyen et commun, si ce n'est en faisant un contre-mur d'un pied d'épaisseur.

Notre Coutume d'Orléans, *art*. 243, demande plus. Elle veut qu'on laisse franc le mur mitoyen, et que le mur du privé soit d'un pied et demi d'épaisseur au moins. Elle veut, outre cela, qu'il soit fait *au danger* de celui qui le construit : c'est-à-dire, qu'il soit garant du dommage que les matières fécales, en transpirant de son privé, pourraient causer au mur mitoyen; cette transpiration étant présumée procéder du défaut du mur du privé, qui n'a pas été assez solidement construit pour contenir les matières, et empêcher cette transpiration.

Goupi, sur l'article 191 de Paris, observe pareillement que celui, qui a fait la fosse, quoiqu'il ait fait le contre-mur de l'épaisseur requise par la Coutume, ne laisse pas d'être responsable du dommage que le mur mitoyen pourrait par la suite recevoir de cette fosse.

Lorsqu'il y a puits, d'un côté, et privé de l'autre, la Coutume de Paris se contente qu'il y ait quatre pieds de maçonnerie d'épaisseur entre les deux, en comprenant l'épaisseur des murs de part et d'autre. Notre Coutume d'Orléans, *art*. 246, ne permet de faire un privé qu'à neuf pieds de distance du puits du voisin. Mais pour que le voisin puisse se plaindre que le privé n'est pas dans cette distance, il faut qu'il prouve que son puits a été édifié le premier.

La Coutume de Paris, *art*. 217, ne permet de

faire des cloaques et fosses à eau, qu'à six pieds de distance du mur mitoyen.

Desgodets entend par *cloaque*, un trou creusé en terre, entouré de murs, et couvert d'une voûte où dalle de pierre, dans lequel s'écoulent les eaux des toits ou des cuisines. Par *fosses à eaux*, il entend les trous creusés pour le même usage, qui sont découverts, comme les mares.

La Coutume de Paris, en prescrivant cette grande distance de six pieds, n'a pas eu seulement en vue d'obvier au dommage que pourrait causer au mur la filtration des eaux, puisqu'elle ne l'exige pas pour les privés, quoique la même raison de la filtration s'y rencontre : d'ailleurs, à quelque distance que soit le puits, ou privé, ou cloaque, celui, qui les a faits construire, est toujours responsable du dommage qui serait causé par la filtration; parce que, comme nous l'avons observé plus haut, il doit prendre si bien ses mesures dans la construction, que les eaux ne puissent filtrer et endommager le mur. La principale raison, pour laquelle la Coutume prescrit cette distance de six pieds, n'est donc que pour éloigner de chez le voisin la mauvaise odeur que ces lieux exhalent.

C'est pourquoi Goupi observe que la disposition de cet article ne doit pas s'étendre aux puisards qui ne reçoivent que des eaux de pluie, ces puisards n'exhalant pas une mauvaise odeur.

Desgodets observe aussi qu'on ne doit pas confondre les citernes avec les cloaques. On se sert des cloaques pour perdre les eaux qu'on y fait tomber, qui sont des eaux infectes provenantes des lavages de cuisine. Au contraire les citernes servent à conserver des eaux claires et pures, d'où on les puise pour s'en servir : c'est pourquoi il est évident que la disposition de l'article 217 ne doit pas être étendue aux citernes.

Les *fosses de cuisine pour tenir eau de maison*, dont parle notre Coutume d'Orléans, *art.* 243, sont aussi des fosses où l'on conserve des eaux pures et claires, pour y en puiser, lorsque les puits sont éloignés, et par conséquent elles sont très différentes des cloaques; et il suffit à l'égard de ces fosses, d'observer ce qui est prescrit par la Coutume pour empêcher la filtration des eaux.

212. Chacun des voisins, non seulement peut se servir du mur mitoyen qui leur est commun, pour y appuyer ses bâtimens, à l'exception des choses que nous venons de voir qu'il n'y pouvait appuyer; il peut aussi élever à ses dépens ce mur, qui, pour la partie qu'il aura élevée, lui sera propre. La Coutume de Paris, *art.* 195, le lui permet. Il est dit : « Il est loisible à un voisin « hausser à ses dépens le mur mitoyen d'entre « lui et son voisin, si haut que bon lui semble, « sans le consentement de sondit voisin, s'il n'y « a titre au contraire, en payant les charges, « pourvu toutefois que le mur soit suffisant pour « porter le rehaussement; et s'il n'est suffisant, « il faut que celui, qui veut rehausser, le fasse « fortifier, et se doit prendre l'épaisseur de son « côté. »

La Coutume accorde indistinctement à chacun des voisins la faculté de faire cette élévation. Elle ne la restreint pas au cas auquel il ferait cette élévation pour bâtir. C'est pourquoi je puis, sans bâtir, élever le mur commun, sans que mon voisin, qui souffrira de cette élévation par l'obscurité qu'elle causera à sa maison, puisse m'en empêcher; car je puis avoir un autre juste motif de faire cette élévation, *putà*, pour empêcher les vues que mon voisin aurait sur ma maison. Goupi cite un arrêt du 5 février 1658, qui a jugé en faveur de celui qui élevait un mur commun, sans avoir dessein de bâtir contre.

Cela dépend néanmoins des circonstances; car si l'élévation du mur, et l'obscurité qu'elle cause à la maison voisine, étaient si grandes qu'elles rendissent cette maison inhabitable, surtout s'il y avait lieu de croire que cette élévation se faisait *animo nocendi*, il pourrait y avoir lieu à réduire cette élévation; et c'est apparemment l'espèce de l'arrêt de 1659, rapporté par Desgodets, qui fit réduire l'élévation.

A l'égard de l'arrêt de 1717, rendu en faveur des Filles de l'*Ave Maria*, contre leur voisin, qui, par la grande élévation du bâtiment qu'il élevoit sur le mur mitoyen, ôtait l'air à ces religieuses; cet arrêt, étant fondé sur une raison de faveur que méritaient des filles renfermées, qui ne peuvent jouir de l'air que dans leur monastère, ne doit pas être tiré à conséquence.

213. Quoique le mur soit suffisant pour porter l'élévation, la Coutume oblige celui qui l'élève à payer à l'autre voisin *les charges*; c'est-à-dire, la valeur de ce dont le mur commun est déprécié par la charge qu'on lui fait supporter en élevant un bâtiment dessus : car il est évident qu'au moyen du fardeau qu'on lui fait supporter, il ne durera pas tant, et aura plus tôt besoin d'être réparé, que s'il n'avait pas de fardeau à supporter. Il est donc juste que l'autre voisin, avec qui le mur est commun, en soit indemnisé.

La Coutume de Paris, *art.* 197, règle le prix de la charge qui doit être payé au voisin, à la sixième partie de la valeur de ce qui sera bâti *au-dessus de dix pieds*.

Elle dit *au-dessus de dix pieds*, en supposant que le mur n'est commun que jusqu'à cette hauteur, parce que c'est la hauteur ordinaire des murs de clôture à Paris. Il eût été plus exact de dire *au-dessus de ce que* le mur est

commun; car ce n'est que pour cette surélévation que le paiement de la charge est dû.

L'obligation, qu'impose la Coutume de Paris à celui qui élève le mur, d'indemniser le voisin de ce dont le mur est déprécié par l'élévation qu'il lui fait supporter, est prise dans les principes de l'équité naturelle, et doit par conséquent avoir lieu partout, quoique les Coutumes ne s'en soient pas expliquées.

Mais il n'en est pas de même de la fixation de cette indemnité que fait la Coutume de Paris par cet article 197. Cette fixation est de droit arbitraire, et ne doit par conséquent avoir lieu que dans le territoire régi par cette Coutume. Dans celles qui ne s'en sont pas expliquées, l'estimation de cette indemnité doit se faire par arbitres.

214. Lorsque le mur commun, que je veux exhausser, est ruiné, et a besoin d'être reconstruit indépendamment de l'exhaussement que je veux faire, je puis contraindre le voisin à contribuer aux frais de la reconstruction, comme nous le verrons *infrà*. Mais si, pour l'exhaussement que j'y veux faire, il est nécessaire de le faire plus épais, et de le fonder plus qu'il n'aurait besoin de l'être sans cela, je dois seul porter ce qu'il coûtera de plus, et prendre sur mon terrain l'augmentation de l'épaisseur.

215. Lorsque le mur commun, qui est bon pour mur de clôture, ou même pour le soutien des bâtimens qui sont des deux côtés, n'est pas suffisant pour soutenir l'exhaussement que je veux faire, et les nouveaux bâtimens que je veux élever, la Coutume de Paris, *art.* 196, me permet de le démolir, et d'en construire à mes dépens un autre qui soit suffisant, en prenant sur mon terrain, de mon côté, ce qu'il faudra pour lui donner une plus grande épaisseur que celle qu'il avait; et, en ce cas, je ne devrai pas les charges, ayant reconstruit et fortifié à mes dépens le mur commun.

Si le voisin a des bâtimens de son côté, qu'il ait fallu pour cela étayer, j'en dois pareillement supporter les frais; car ils font partie des frais de la reconstruction.

Si le voisin était un maître paumier, qui eût, de son côté, contre le mur commun, un jeu de paume, dois-je aussi le dédommager des profits de son jeu de paume, dont il a été privé pendant le temps nécessaire pour la démolition et reconstruction de mur, pendant lequel il n'a pu faire usage de son jeu de paume? Desgodets décide que je n'y suis pas obligé; et quoiqu'il soit, en cela, repris par Goupi, qui prétend que j'y suis obligé, je trouve l'avis de Desgodets régulier; car je ne fais qu'user de mon droit que me donnent la loi et la communauté au mur. La loi, en me donnant le pouvoir de démolir et de reconstruire le mur commun, pour soutenir l'exhaussement que je veux faire, ne m'oblige qu'à payer tous les frais de cette démolition et reconstruction: on ne peut pas m'obliger à autre chose qu'à ce à quoi la loi m'oblige. L'état de maître paumier, qu'a mon voisin, ne doit pas me rendre plus onéreux mon droit de communauté au mur. La privation du profit de son jeu de paume, qu'il souffre pendant le temps nécessaire, n'est point un tort que je lui cause; car ce n'est pas faire tort à quelqu'un que d'user de son droit.

Si, par ma faute, j'avais mis plus de temps qu'il ne fallait à cette reconstruction, en ce cas, il n'est pas douteux que je serais tenu de le dédommager de la privation du profit de son jeu de paume, pendant le temps que j'ai mis de trop à faire cette reconstruction.

216. Lorsque le mur commun n'a pas besoin d'être démoli et reconstruit pour soutenir l'exhaussement que je veux faire, et qu'il suffit pour cela d'augmenter la profondeur de la fondation, je dois, pour cet effet, faire à mes dépens par sous-œuvre cette augmentation de fondation. Mais, en ce cas, je ne dois pas payer en entier les charges, mais seulement dans la proportion de la hauteur du mur commun depuis son ancienne fondation, avec la hauteur entière de ce mur jusqu'à l'exhaussement, en y comprenant la nouvelle fondation que j'y ai ajoutée par sous-œuvre. Par exemple, si le mur, depuis son ancienne fondation, était de la hauteur de douse pieds, y compris l'ancien fondement, et que j'y aie ajouté par sous-œuvre une fondation de quatre pieds à mes dépens; le mur commun, qui portera l'exhaussement, ayant en entier, en y comprenant la nouvelle fondation, une hauteur de seise pieds, dont les douse pieds, qu'il avait avant la nouvelle fondation, font les trois quarts, je dois payer à mon voisin les trois quarts seulement de la charge. C'est ce que décide Desgodets sur l'*art.* 196, *n.* 8. La raison est évidente. Ayant fait seul à mes dépens les quatre toises de la nouvelle fondation, le mur, pour ces quatre toises, qui en font le quart, m'est propre; il n'est commun avec mon voisin que pour les trois autres quarts; et par conséquent il n'a part au prix de la charge que pour sa moitié dans lesdits trois quarts.

217. Lorsqu'après avoir payé à mon voisin l'indemnité de la charge de notre mur commun, ce voisin, par la suite, veut construire quelque bâtiment contre l'exhaussement, il doit me payer, non seulement la moitié de la valeur de cet exhaussement, dans la partie de cet exhaussement dont il veut se servir; mais cet exhaussement, que j'ai fait sur le mur commun à mes dépens, m'étant propre, il doit encore, à proportion de

la partie de l'exhaussement dont il se servira, me rendre ce qu'il a reçu de moi pour les charges du mur commun. Par exemple, si mon exhaussement a une superficie de trente toises carrées, et que le bâtiment qu'il a, de son côté, appuyé contre, en occupe vingt, il doit me rendre les deux tiers de ce que je lui ai payé pour les charges.

Par la même raison, si, sans payer de charges, j'ai démoli et reconstruit seul à mes dépens le mur commun, afin qu'il fût suffisant pour soutenir l'exhaussement; lorsque mon voisin voudra bâtir contre l'exhaussement, il sera tenu de me payer, outre la moitié de la valeur de l'exhaussement, la moitié de ce qu'il m'en a coûté pour mettre le mur commun en état de soutenir l'exhaussement.

218. Les murs mitoyens étant faits pour s'enclore, et pour qu'on y appuie ce qu'on juge à propos d'y appuyer, *suprà*, *n.* 207, chacun des voisins ne peut, sans le consentement de l'autre voisin, s'en servir pour d'autres usages; c'est pourquoi il ne peut pas, sans le consentement de l'autre, y faire des trous et fenêtres sur l'héritage voisin; *Paris*, 199.

§ III. DES OBLIGATIONS QUE FORME LA COMMUNAUTÉ DU MUR MITOYEN.

219. La communauté du mur mitoyen forme entre ceux auxquels il est commun, les mêmes obligations que forme la communauté des autres choses; *voyez* ce que nous avons dit *suprà*, *chap.* 5.

Chacun des voisins est donc obligé d'apporter à la conservation du mur commun le soin ordinaire que les pères de famille ont coutume d'apporter à la conservation de ce qui leur appartient. C'est pourquoi si le mur commun était dégradé ou entièrement ruiné par la faute de l'un des voisins, *putà*, pour avoir été fréquemment froissé par les charrettes de ce voisin, ou par celles qu'il recevait dans sa cour, faute par ce voisin d'avoir mis des bornes ou autres choses qui auraient pu préserver le mur de ces froissemens; l'autre voisin, avec qui le mur est commun, aura action contre lui pour qu'il soit tenu de réparer ou de reconstruire le mur à ses dépens.

220. C'est encore une des obligations que forme la communauté du mur, que lorsque par vétusté ou par quelque accident qui ne provient pas de la faute d'aucun des propriétaires du mur, ce mur a besoin d'être réparé, ou même reconstruit, chacun des voisins est obligé de contribuer pour sa part aux frais de la réparation ou reconstruction.

Chacun des voisins a pour cet effet l'action *communi dividundo* contre l'autre voisin qui refuserait ou serait en demeure de concourir et de frayer à cette réparation, sur laquelle après que la nécessité de la réparation aura été constatée par experts, dans le cas auquel le défendeur n'en aurait pas voulu convenir, le demandeur doit obtenir sentence qui l'autorise à faire marché avec des ouvriers pour la réparation, en présence du défendeur, ou lui dûment appelé, et qui condamne le défendeur à payer sa part du coût, après que l'ouvrage aura été fait.

221. Il y a, à cet égard, une différence entre les villes et la campagne.

A la campagne, et dans les lieux où la Coutume n'oblige pas les voisins à s'enclore par un mur, le voisin peut se décharger de l'obligation en laquelle il est de contribuer à la réparation ou reconstruction du mur, en abandonnant sa part à la communauté dudit mur; car cette obligation n'étant formée que par la communauté qu'il a au mur, il peut s'en décharger en abandonnant cette communauté; et c'est un principe général, que lorsqu'on n'est obligé qu'à cause d'une chose que l'on possède, on peut s'en décharger en abandonnant la chose.

Suivant ces principes, la Coutume de Paris, *art.* 210, décide qu'on peut contraindre le voisin à l'entretenement et réfection nécessaire des murs anciens, selon l'ancienne hauteur desdits murs; si mieux n'aime le voisin quitter son droit de communauté au mur, et à la terre sur laquelle il est assis.

Pourquoi ne suffit-il pas qu'il abandonne le mur? Pourquoi doit-il encore abandonner tout le terrain sur lequel ce mur est assis, puisque la moitié de ce terrain, qui était l'extrémité de cet héritage, est un terrain qui lui appartenait? La réponse est, que le terrain, sur lequel le mur commun est assis, ne fait qu'un tout avec le mur. Il est vrai qu'avant que les voisins ou leurs auteurs eussent construit ce mur sur les extrémités de leurs héritages, chacune de ces extrémités appartenait séparément à chacun d'eux. Mais en faisant construire en commun le mur sur le terrain composé de ces deux extrémités, ils sont censés les avoir mises de part et d'autre en communauté, pour en composer un terrain commun sur lequel le mur commun serait bâti. Ce terrain étant donc devenu commun, et étant la principale partie du mur commun, avec lequel il ne fait qu'un même tout, l'abandon que le voisin fait de la part qu'il a dans le mur commun, renferme l'abandon de ce terrain.

Observez que l'abandon, que fait le voisin de son droit de communauté au mur, ne le décharge pas des réparations auxquelles il aurait donné lieu par son fait, ou par celui des gens dont il est responsable, dont nous avons parlé *suprà*, *n.* 219. Il le décharge seulement de celles auxquelles donne lieu la vétusté du mur, et géné-

ralement de toutes celles qui ne proviennent pas de son fait.

Observez aussi que si, après que mon voisin m'a fait l'abandon de son droit de communauté au mur, pour se décharger des réparations qui y étaient à faire, auxquelles je demandais qu'il contribuât, je néglige moi-même de faire les réparations, et je laisse tomber le mur en ruine, le voisin pourra révoquer l'abandon qu'il en a fait, et demander en conséquence à partager les matériaux provenans de la ruine du mur, et à rentrer dans la portion du terrain qu'il avait conservée pour le construire; car m'ayant abandonné son droit de communauté au mur pour la charge des réparations, si je ne veux pas moi-même supporter cette charge, je n'ai aucune juste cause pour m'approprier son droit, et il peut par conséquent le répéter par l'action qu'on appelle *condictio sine causâ*.

222. Lorsque le voisin ne veut pas renoncer à la communauté du mur, il est obligé de contribuer à sa reconstruction, si elle est jugée nécessaire : mais il n'est obligé d'y contribuer que *selon l'ancienne hauteur*, comme il est dit dans l'article 210 : si je veux l'élever davantage, je dois faire seul à mes frais cette surélévation.

Pareillement, le voisin n'est obligé de contribuer à la reconstruction du mur, qu'eu égard à ce que doit coûter la reconstruction du mur de la même qualité qu'était l'ancien : si je veux reconstruire un mur d'une autre qualité de matériaux, je dois porter le surplus de la dépense.

Cette décision a lieu, si l'ancien mur était d'une construction ordinaire, eu égard aux usages auxquels le voisin s'en servait. Mais si, par une mauvaise économie, l'ancien mur n'avait pas été assez solidement construit, je pourrais obliger le voisin à contribuer à la construction d'un mur plus solide, et tel qu'il serait jugé être de l'intérêt commun qu'il fût construit, si mieux il n'aimait renoncer à la communauté du mur.

223. Dans les villes, où il y a une loi qui oblige les voisins à construire à communs frais un mur de clôture pour s'enclore; *Paris, art.* 209; *Orléans, art.* 236; chacun des voisins est obligé de contribuer aux réparations, et même à la reconstruction du mur de clôture, sans qu'il puisse se décharger de cette obligation en offrant d'abandonner sa part dans la communauté du mur, puisque, quand même il n'y en aurait jamais eu, son voisin pourrait l'obliger à en construire un à communs frais; mais il n'est obligé d'y contribuer que jusqu'à la hauteur réglée par la Coutume pour les murs de clôture. Si je veux l'élever plus haut, pour les édifices que je veux bâtir contre, je dois faire seul à mes dépens cette surélévation, si mon voisin refuse d'y contribuer; et, en ce cas, le mur ne sera commun que jusqu'à la hauteur réglée par la Coutume, à laquelle mon voisin a contribué : il me sera propre pour le surplus, et mon voisin ne pourra s'en servir qu'en achetant de moi la communauté à cet exhaussement, comme nous le verrons dans l'appendice suivant.

A l'égard de la partie du mur jusqu'à la hauteur réglée par la Coutume pour les murs de clôture, je puis à la vérité obliger mon voisin d'y contribuer, mais seulement eu égard à ce que doit coûter la construction d'un simple mur de clôture. Si, pour les bâtimens que je veux élever dessus, je veux le construire avec plus de dépense, je dois porter seul ce qu'il en coûtera de plus.

Par exemple, dans les villes du bailliage d'Orléans, la Coutume ayant réglé en l'art. 236, que les murs de clôture seront faits de pierre et terre seulement, et d'un pied et demi d'épaisseur; si je veux construire le mur à chaux et sable ou à ciment, ou le faire d'une plus grosse épaisseur, je ne pourrai obliger mon voisin à contribuer qu'à ce que coûterait un mur d'un pied et demi d'épaisseur, fait de pierre et terre seulement; je serai obligé de porter seul ce qu'il en coûtera de plus.

Si mon voisin a lui-même, de son côté, des bâtimens appuyés au mur qu'on doit reconstruire, il est obligé de contribuer à la reconstruction jusqu'à la hauteur de ses bâtimens, et non seulement eu égard à ce que doit coûter un simple mur de clôture, mais eu égard à ce que doit coûter un mur de la qualité qui sera jugée être nécessaire pour le soutien de ses bâtimens.

§ IV. DE LA COMMUNAUTÉ DES FOSSÉS ET DES HAIES.

224. Les héritages à la campagne sont souvent bornés par des fossés et par des haies.

Pour savoir, à défaut de titres, si un fossé qui sépare les héritages de deux voisins, leur est commun, ou s'il appartient seulement à l'un d'eux, les Coutumes ont établi ces règles :

La première est, que si le jet, qu'on appelle aussi la *douve du fossé*, est en entier du côté de l'un des voisins, le fossé est présumé appartenir en total au voisin du côté duquel est le jet ou la douve.

Plusieurs Coutumes, comme Auxerre, Montfort, Mantes, Reims, Grand-Perche, Berry, etc., en ont des dispositions, et notamment notre Coutume d'Orléans, *art.* 252.

Loysel, *liv.* 2, *tit.* 3, *art.* 7, en a fait une maxime : *Qui a douve, il a fossé.*

La présomption est, qu'en ce cas, celui du côté duquel est la douve, a fait seul le fossé en entier sur son terrain, puisqu'il a jeté de son côté toutes les terres qui en ont été tirées, les-

quelles auraient été jetées des deux côtés, si le fossé eût été fait sur les deux terrains.

La seconde règle est, qu'à défaut de titres, le fossé est réputé commun, lorsque le jet est des deux côtés : la Coutume de Berry, *tit.* 2, *art.* 14, en a une disposition. La raison en est évidente : les terres jetées des deux côtés démontrent que le fossé a été fait par les deux voisins sur les extrémités de leurs héritages.

La troisième règle, qui est tirée de l'article ci-dessus cité de la Coutume de Paris, est que le fossé est réputé commun, lorsqu'il n'y a pas apparence de jet ni d'un côté ni de l'autre.

La raison est qu'en ce cas, il n'y a pas de raison de l'attribuer à l'un plutôt qu'à l'autre.

225. A l'égard des haies, s'il y a fossé au-delà, la haie doit être présumée appartenir à celui du côté duquel elle est plantée.

Lorsqu'il n'y a pas de fossé, et qu'elle sépare deux héritages, dont l'un a plus de besoin de clôture que l'autre, la haie est présumée appartenir au propriétaire de l'héritage qui a le plus besoin de clôture. Par exemple, si la haie est entre des vignes ou des prés d'un côté, et des terres labourables ou des bruyères de l'autre, elle est présumée appartenir au propriétaire du pré ou de la vigne, qui est présumé l'avoir plantée sur son héritage pour clore son pré ou sa vigne : il n'y a pas d'apparence que l'autre voisin, dont les héritages n'avaient pas besoin de clôture, y ait contribué, n'y ayant aucun intérêt.

226. Lorsque des haies ou des fossés sont communs à deux voisins, chacun d'eux est obligé à l'entretien et aux réparations qui y sont à faire, si mieux il n'aime abandonner son droit de communauté.

Le bois, qui provient de la tonte de la haie, et les fruits des arbres qui se trouveraient dans la haie, doivent se partager entre ceux à qui elle est commune.

§ V. DE LA COMMUNAUTÉ DES PRIVÉS ET CLOAQUES.

227. Notre Coutume d'Orléans, *art.* 149, a une disposition très-équitable sur la communauté des privés et cloaques, qui peut servir de règle dans celles qui ne s'en sont pas expliquées. Comme la vidange d'un privé commun, ou d'un cloaque commun à deux ou plusieurs voisins, cause une très grande incommodité à celui par la maison duquel la vidange se fait, notre Coutume veut en premier lieu, que chacun d'eux en supporte tour à tour l'incommodité; que cette vidange se fasse alternativement par la maison de chacun d'eux, et que celui, par la maison de qui la vidange s'est faite la dernière fois, puisse obliger l'autre à la souffrir faire par la sienne, lorsqu'il sera nécessaire de curer le privé ou le cloaque.

S'il n'y avait pas de mémoire par quelle maison la vidange s'est faite la dernière fois, et que les voisins ne convinssent pas par chez qui elle se ferait, je pense qu'elle se ferait, pour cette fois, par la maison du voisin qui aurait la plus nombreuse famille, étant juste qu'ayant contribué plus que l'autre à emplir le privé, il supporte plutôt que lui l'incommodité. *Cæteris paribus,* lorsqu'il n'y a aucune raison pour commencer par chez l'un plutôt que par chez l'autre, la contestation ne peut se vider que par le sort.

228. Notre Coutume ordonne en second lieu, que celui, par la maison duquel s'est faite la vidange d'un cloaque ou d'un privé commun entre deux voisins, ne supporte que le tiers des frais de la vidange, et que l'autre, qui n'a pas eu l'incommodité, en supporte les deux tiers. Lorsque le cloaque ou le privé sont communs à plus de deux, elle veut que celui, par la maison de qui s'est faite la vidange, ne paie que le tiers de ce que chacun des autres portera des frais. Par exemple, s'ils étaient quatre contribuables, et que les frais eussent monté à dix écus, il ne paierait qu'un écu, et chacun des trois autres trois écus.

Ces dispositions souffrent exception dans le cas auquel l'une des maisons serait, par un titre de servitude, chargée de souffrir le passage de la vidange. Je ne pense pas que le propriétaire de la maison chargée de la servitude puisse, en ce cas, demander à supporter une moindre portion que les autres dans les frais de la vidange, pour le dédommagement de l'incommodité que lui cause le passage de la vidange; car ce passage étant dû aux propriétaires des autres maisons, ils ne sont pas obligés de le payer. Le propriétaire de la maison serve est censé s'être fait payer de cette incommodité, lorsqu'il a imposé la servitude sur la maison; la bonne foi ne permet pas qu'il en exige le paiement une seconde fois; *Bona fides non patitur ut idem bis exigatur; l.* 57, *ff. de reg. jur.* Desgodets est d'avis contraire.

Quoique l'une des maisons qui ont un privé commun, soit plus grande que l'autre, et qu'elle soit occupée par un plus grand nombre de personnes, néanmoins le propriétaire de la maison n'est pas tenu de contribuer pour une plus grande portion aux frais de vidange, que celui de la plus petite. L'usage en est constant. Il faudrait entrer dans des détails trop embarrassans, s'il fallait avoir égard au nombre des personnes qui ont occupé ces maisons depuis la dernière vidange.

Il importe encore moins que l'une des maisons ait plus de siéges ou boisseaux qui communiquent

au privé commun, quo n'en a l'autre maison, car ce n'est pas le nombre des siéges, mais celui des personnes, qui contribue à emplir le privé; *Desgodets, pages* 433 *et* 435.

229. On peut abandonner la communauté d'un cloaque ou d'un privé commun, de même que toute autre chose commune, pour se décharger des charges pour l'avenir : mais cet abandon ne décharge pas celui qui le fait, do contribuer aux frais do la vidange qui est à faire lors de l'abandon; car il y a donné lieu, ayant contribué à emplir le privé.

SECOND APPENDICE.

Du voisinage.

230. Le voisinage est un quasi-contrat qui forme des obligations réciproques entre les voisins, c'est-à-dire, entre les propriétaires ou possesseurs d'héritages contigus les uns aux autres.

La principale obligation est celle qui concerne le bornage des héritages voisins : nous en parlerons dans un premier article. Nous rapporterons dans un second article les autres obligations que forme le voisinage.

ARTICLE PREMIER.

Du bornage des héritages voisins.

231. De même que la communauté oblige ceux, entre qui des choses sont communes, à les partager, lorsque l'un d'eux le demande, pour empêcher les contestations et les différends que la communauté peut occasioner, de même le voisinage oblige les voisins à borner leurs héritages, lorsque l'un d'eux le demande, pour empêcher les usurpations et les contestations auxquelles le défaut de bornes peut donner occasion.

De cette obligation naît l'action de bornage, *finium regundorum*, qu'un voisin a contre son voisin pour faire borner leurs héritages.

Cette action est de celles qu'on appelle mixtes, *quæ mixtam habere videatur tam in rem quàm in personam; Instit. de oblig. quæ ex quasi contr.*

Elle est principalement personnelle, puisqu'elle naît de l'obligation personnelle que les voisins contractent réciproquement l'un envers l'autre par le voisinage, *ex quasi contractu*. Elle tient aussi quelque chose de l'action réelle, en ce que, par cette action, le voisin réclame ce qui fait partie de son héritage, et pourrait se trouver avoir été usurpé par son voisin. C'est pourquoi Paul dit : *Actio finium regundorum in personam est, licèt pro rei vindicatione est; l.* 1, ff. *fin. reg.*

Cette action est aussi du nombre de celles qu'on appelle *judicia duplicia*, dans lesquelles chacune des parties, tant celle qui a donné la demande, que celle contre qui elle est donnée, est tout à la fois demandeur et défendeur, *l.* 10, ff. *fin. reg.* Car par cette action, chacune des parties, celle qui est assignée, aussi bien que celle qui a assigné, réclame chacune l'une contre l'autre ce qui, par le bornage, sera déterminé faire partie de son héritage.

232. Le possesseur d'un héritage, qui s'en porte pour le propriétaire, soit qu'il le soit effectivement, soit qu'il ne le soit pas, est partie capable pour intenter cette action. Il n'a pas besoin, pour cela, de justifier de son droit de propriété, sa possession le fait présumer propriétaire. Un usufruitier est aussi partie capable pour l'intenter comme ayant droit dans l'héritage; *l.* 4, § 9, ff. *dict. tit.* Mais il est de l'intérêt, en ce cas, tant de cet usufruitier qui a donné l'action, que du voisin contre qui elle est donnée, d'appeler en cause le propriétaire, afin que le bornage se fasse avec lui; car s'il était fait sans lui, il pourrait en demander un nouveau.

A l'égard d'un simple fermier, comme il n'a aucun droit dans l'héritage, il est évident qu'il n'est pas partie capable pour donner cette demande contre le voisin. Mais si ce voisin le trouble dans sa jouissance par des contestations sur les bornes de l'héritage qu'il tient à ferme, la voie qu'il a, est de se pourvoir *actione ex conducto* contre le propriétaire de qui il tient à ferme l'héritage, et de conclure contre lui qu'il soit tenu de le faire jouir tranquillement, et de faire cesser les contestations qui lui sont faites par le voisin, en faisant borner son héritage.

Pareillement, cette action ne peut être donnée que contre le propriétaire ou possesseur de l'héritage voisin, et contre celui qui en serait usufruitier. Si elle était donnée contre un fermier,

le défendeur, en déclarant qu'il n'est que fermier, et en indiquant le nom et la demeure du propriétaire de qui il tient à ferme, devrait être renvoyé de la demande.

Cette action de bornage, qui ne tend qu'à conserver à chacune des parties l'intégrité de son héritage, peut être donnée par un tuteur de mineurs, aussi bien que par des majeurs; en quoi elle diffère des actions à fin de partage d'immeubles.

233. L'objet du bornage qui est demandé par cette action, est de déterminer dans les endroits où les héritages voisins se touchent, quel est celui où l'un des héritages finit et l'autre commence, et d'y planter une borne qui se puisse apercevoir.

Les parties doivent, pour cela, convenir d'arpenteurs, entre les mains desquels elles doivent remettre leurs titres respectifs, afin que, sur lesdits titres, et l'arpentage qu'ils feront des héritages des parties, ils puissent déterminer quels sont les endroits où les bornes doivent être plantées, et les y planter.

Lorsqu'il paraît, par l'arpentage, que l'un des voisins a plus que la contenance portée par ses titres, et que l'autre en a moins, on doit parfaire ce qui manque à celui-ci par ce que l'autre a de plus : *Qui majorem locum in territorio habere dicitur, cæteris qui minùs possident, integrum locum assignare compellitur; l. 7, ff. fin. reg.*

Cela souffre exception dans le cas auquel le voisin aurait une possession trentenaire de ce qu'il a de plus que la contenance portée par ses titres. Cela est décidé par la loi *fin. Cod. fin. reg. Decernimus in finali quæstione, non longi temporis, sed triginta annorum præscriptionem locum habere.*

Il reste à observer que, le bornage se faisant pour l'intérêt commun des parties, il doit être fait à frais communs.

234. A l'égard des maisons de ville qui ont des cours communes ou jardins contigus, l'un des voisins non seulement a droit d'en demander le bornage; mais il peut, selon la disposition de plusieurs Coutumes, obliger son voisin à construire à communs frais un mur de clôture.

Paris, *art.* 209; Orléans, *art.* 236; Melun, Étampes, Laon, et un grand nombre d'autres Coutumes, en ont des dispositions. Au contraire, la Coutume de Lille dit que *l'héritier* (c'est-à-dire le propriétaire) *d'une maison ou héritage ne s'enclôt s'il ne veut.*

Dans quelques Coutumes, lorsque, dans les villes, mon voisin veut construire un mur de clôture, je suis seulement obligé à contribuer de mon terrain; mais je ne suis pas obligé à contribuer aux frais de la construction du mur, tant que je ne me sers pas du mur. C'est la disposition de la Coutume de Sens, *art.* 104; d'Auxerre, *art.* 107.

Dans les Coutumes qui ne s'en sont pas expliquées, Duplessis, sur Paris, prétend que le voisin est obligé de contribuer à la construction du mur de clôture : il dit l'avoir fait juger pour la ville de Mondoubleau, petite ville de la province du Maine.

Les Coutumes, qui obligent les voisins dans les villes à contribuer à la construction d'un mur de clôture, diffèrent entre elles à l'égard des faubourgs. On appelle *faubourgs*, la continuité des maisons qui est hors les portes des villes, *continentia urbis ædificia; l.* 2; *l.* 147, *ff. de verb. signif.*

Paris, *art.* 236, Melun et quelques autres Coutumes comprennent expressément les faubourgs des villes dans leur disposition. Au contraire notre Coutume d'Orléans, *art.* 236, ne comprend dans sa disposition que les faubourgs de la ville d'Orléans; elle n'y assujettit pas les faubourgs des autres villes. C'est pourquoi il n'est pas douteux que l'obligation de contribuer à la construction d'un mur de clôture, n'a pas lieu pour les faubourgs des autres villes du bailliage.

Quelques Coutumes, comme Laon, disent *les villes*, sans s'expliquer sur les faubourgs : sont-ils compris dans la disposition? La loi 2, ff. *de verb. sign.*, paraît décider pour la négative : elle ne comprend sous le terme de *ville* que ce qui est dans l'enceinte des murs, et elle en exclut par conséquent les faubourgs : *Urbis appellatio* MURIS; *Romæ, continentibus ædificiis finitur.*

Dans les Coutumes qui ne se sont expliquées ni sur les villes, ni sur les faubourgs, je pense que c'est bien assez que cette obligation, qui est onéreuse, ait été étendue aux villes, et qu'elle ne doit pas l'être aux faubourgs des villes.

Les Coutumes sont aussi différentes sur la qualité, et surtout sur la hauteur que doivent avoir ces murs de clôture. Notre Coutume d'Orléans, *art.* 236, veut que le voisin ne soit tenu de le faire que de pierre et terre, d'un pied et demi d'épaisseur, de deux pieds de fondement, et sept de hauteur au-dessus de terre. Au contraire, quelques Coutumes veulent qu'il soit fait à chaux et sable : celle de Paris veut qu'il soit de dix pieds de haut au-dessus du rez-de-chaussée. Il faut sur ces choses, lorsque les Coutumes ne s'en sont pas expliquées, suivre les différens usages des différens lieux.

Lorsque les terrains des héritages voisins sur lesquels se construit le mur de clôture sont inégaux, Desgodets dit que le voisin, dont le terrain est le plus bas, ne doit contribuer que

jusqu'à la hauteur requise par la Coutume au-dessus de son sol, et que l'outre doit achever à ses dépens seuls le surplus de la hauteur que le mur doit avoir de son côté.

Il nous reste à observer que la Coutume me donne bien le droit d'obliger mon voisin à construire à frais communs un mur pour séparer nos maisons, lorsqu'il n'y a pas de mur qui les sépare. Mais lorsqu'elles sont séparées par un mur que j'ai bâti en entier sur mon terrain et à mes frais, et qui en conséquence appartient à moi seul, je ne puis pas obliger mon voisin à en acquérir la moitié, tant qu'il ne veut pas s'en servir, quoiqu'il puisse m'obliger à la lui vendre, comme nous le verrons *infrà*.

ARTICLE II.

Des autres obligations que forme le voisinage.

§ I. PREMIÈRE ESPÈCE D'OBLIGATION.

235. Le voisinage oblige les voisins à user chacun de son héritage, de manière qu'il ne nuise pas à son voisin : *Domum suam unicuique reficere licet, dummodò non officiat invito alteri, in quo jus non habet; l.* 61, ff. *de reg. jur.*

Cette règle doit s'entendre en ce sens, que quelque liberté qu'un chacun ait de faire ce que bon lui semble sur son héritage, il n'y peut faire rien d'où il puisse parvenir quelque chose sur l'héritage voisin, qui lui soit nuisible : *In suo hactenùs facere licet quatenùs nihil in alienum immittat; l.* 8, § 5, ff. *si serv. vind.*

236. C'est sur ce principe qu'est fondée l'action *aquæ pluviæ arcendæ*.

Il y a lieu à cette action, de la part du propriétaire ou possesseur du champ inférieur contre son voisin propriétaire ou possesseur du champ supérieur, lorsque le possesseur du champ supérieur, par le moyen de quelque ouvrage qu'il a fait dans son champ, rassemble les eaux qui y tombent, d'où il les fait tomber dans le champ inférieur avec plus d'abondance et de rapidité qu'elles n'y tomberaient naturellement, et lui cause par ce moyen quelque dommage.

Mais lorsque c'est naturellement que les eaux tombent du champ supérieur dans le champ inférieur, le possesseur du champ inférieur ne peut pas s'en plaindre; car ce n'est pas, en ce cas, le possesseur du champ supérieur qui les y fait tomber, c'est la nature des lieux. *Si aqua naturaliter decurrat, actionem cessare; l.* 1, § 10, ff. *de aqu. et aq. Non aqua, sed loci natura nocet; dict. leg.* § 14.

Le possesseur du champ inférieur ne peut pas non plus se plaindre des sillons que le possesseur du champ supérieur y fait, lorsque ces sillons ne sont que des sillons ordinaires, qui sont nécessaires pour le labeur de son champ; *l.* 1, § 3, 5, 7, ff. *dict. tit.*

Mais il ne peut les faire ni plus profonds, ni plus en pente qu'il n'est nécessaire, quoiqu'en les faisant de cette manière, il améliore son fonds; car il ne peut pas l'améliorer au préjudice du voisin : *Sic enim debere quem meliorem agrum suum facere, ne vicini deteriorem faciat; dict. leg.* § 4.

237. Il peut aussi, *vice versâ*, y avoir lieu à cette action de la part du possesseur du champ supérieur contre celui du champ inférieur, lorsque celui-ci, par quelque digue qu'il a faite sur son champ, repousse et fait refluer dans le champ supérieur les eaux qui en viennent : *Si opere facto aqua aut in superiorem partem repellitur, aut in inferiorem derivatur, actionem competere; dict. leg.* § 10.

238. Il peut y avoir lieu à cette action, quoique l'ouvrage ait été vu et su du voisin qui s'en plaint, s'il n'a pas alors compris le préjudice qu'il lui ferait. C'est pourquoi Labéon ayant dit : *Si, patiente vicino, opus faciam ex quo ei aqua nocet, non teneri me actione aquæ pluviæ arcendæ; l.* 19, *dict. tit.* Pomponius le reprend ainsi : *Sed hoc ita, si non per errorem aut imperitiam deceptus fuerit; nulla enim voluntas errantis est; l.* 20, ff. *dict. tit.*

239. Le demandeur conclut, par cette action, à la destruction de l'ouvrage qui lui cause du préjudice. La destruction doit se faire aux frais du défendeur, si c'est de son ordre que l'ouvrage a été fait, ou de quelqu'un dont il soit l'héritier; sinon il n'est tenu à autre chose qu'à souffrir la destruction de l'ouvrage aux frais du demandeur : *Si ipse feci.... meâ impensâ tollere me cogendum; si alius qui ad me non pertinet, sufficere ut potiar te tollere : quod autem is cui heres sum fecit, perinde est ac si ipse fecissem; l.* 6, § 7, ff. *dict. tit.*

240. C'est sur ce principe, qu'on ne peut rien faire sur son héritage, d'où il puisse parvenir quelque chose sur l'héritage voisin qui lui soit nuisible, que sont fondées les dispositions des articles 188, 189, 190, 191, 192, et 217 de la Coutume de Paris; et celles des articles 243, 246, 247 et 248 de notre Coutume d'Orléans, que nous avons rapportées *suprà*, *n.* 211.

241. C'est sur le même principe, qu'il n'est pas permis de faire sur son héritage quelque chose qui enverrait dans la maison voisine une fumée trop épaisse et trop incommode, telle que celle qui sort d'un four à chaux, ou d'un fourneau à brûler des lies de vin; *l.* 8, § 5, ff. *si serv. vind.*

242. C'est sur le même principe, qu'étaient fondées les dispositions de la loi 13, ff. *fin. reg.*

Cette loi défendait de planter des arbres dans une moindre distance que celle de cinq pieds de l'héritage voisin. La raison est, que s'ils étaient plantés dans une moindre distance, ils pousseraient dans l'héritage voisin des racines qui lui seraient nuisibles.

Il faut, à cet égard, suivre les différens usages des différens lieux. Notre Coutume d'Orléans, *art.* 259, défend de planter dans le vignoble aucuns chênes, ormes ou noyers, à moins de distance que de quatre toises de l'héritage voisin, et de planter des haies vives à moins de distance que d'un pied et demi. Elle veut que ces haies soient plantées d'épine blanche, et non d'épine noire, parce que cette espèce d'épine pousse très loin ses racines, qui seraient nuisibles à l'héritage voisin.

L'article dit, *au vignoble;* sa disposition n'a donc pas lieu dans les autres lieux du bailliage.

La Coutume ne s'étant expliquée que sur les ormes, chênes et noyers, on observe, à l'égard des autres arbres, la distance de cinq pieds, requise par la loi romaine.

L'esprit de cette disposition étant d'empêcher que les racines ne portent préjudice à l'héritage voisin, si l'héritage voisin, auprès duquel les arbres sont plantés, était une cour de maison, ou une autre place à laquelle les racines, qui s'y étendraient, ne portent aucun préjudice, le voisin étant, en ce cas, sans intérêts, ne devrait pas être écouté à se plaindre que ces arbres ne sont pas dans la distance requise par la Coutume.

243. Les lois romaines avaient eu attention que les arbres, qu'on plante sur son héritage, ne pussent être nuisibles à l'héritage voisin, non seulement par les racines qu'ils y pousseraient, mais aussi par l'ombre qu'ils y porteraient. C'est pourquoi, quoiqu'un arbre fût planté dans la distance de cinq pieds requise par la loi; pour que l'arbre n'incommodât pas par son ombre l'héritage voisin, le propriétaire de l'arbre était obligé de couper les extrémités des branches jusqu'à quinze pieds de hauteur; *tit.* ff. *de arb. cæd.* Parmi nous, le voisin n'a d'autre droit que de couper les extrémités des branches qui s'étendraient sur son héritage; c'est ce que nous apprenons d'Automne, *ad dict. tit.*, qui dit: *Hic titulus non est in usu; nam hodiè licet abscindere solùm quod excurrit.*

244. C'est sur le même principe que la loi 13, ff. *fin. reg.*, ci-dessus citée, veut qu'on ne puisse bâtir une maison qu'à deux pieds, et un simple mur qu'à un pied de l'héritage voisin, afin que les gravois, qui peuvent tomber des murs, ne tombent pas sur l'héritage voisin, auquel ils pourraient porter préjudice en tombant.

Il y avait encore une autre raison pour que le voisin dût laisser cet espace; c'est afin que le propriétaire de la maison ou du mur eût de quoi poser ses échelles sur son terrain, lorsqu'il y aurait des réparations à faire; c'est pour cela que cet espace, que celui qui bâtit laisse au-delà de son bâtiment, est appelé *tour d'échelle*.

Nos Coutumes n'ont pas admis cette disposition de la loi romaine: c'est ce que supposent manifestement les dispositions de nos Coutumes, dont nous parlerons *infrà*, § 3, qui permettent de bâtir contre le mur non mitoyen de son voisin, en lui payant la moitié du prix du mur: car en accordant cette permission, elles supposent évidemment que ce mur non mitoyen, contre lequel je veux bâtir, est bâti sur la dernière extrémité du terrain de mon voisin, et qu'il touche immédiatement mon terrain: autrement, si au-delà de ce mur il y avait un espace qui fît encore partie du terrain de mon voisin, ne pouvant pas bâtir sur un terrain qui ne m'appartiendrait pas, je ne pourrais pas appuyer au mur de mon voisin le bâtiment que je me propose de faire.

Ajoutez que l'acte de notoriété du Châtelet de Paris, du 13 août de 1707, déclare en termes formels qu'on peut bâtir sur son héritage, jusqu'à l'extrémité d'icelui.

Il dit plus; car il dit que si le contraire ne paraît, le bâtiment est présumé avoir été construit sur l'extrémité du terrain de celui à qui il appartient, et que le propriétaire du bâtiment ne peut prétendre avoir au-delà de son bâtiment un espace de terrain qu'on appelle *le tour d'échelle*, s'il ne justifie par des titres que lui ou ses auteurs, lorsqu'ils ont construit le bâtiment, ont laissé cet espace de terrain au-delà.

Le même acte de notoriété décide que le tour d'échelle, lorsqu'on a titre pour le prétendre, et que la quantité de l'espace n'est pas déclarée par ce titre, est de trois pieds de distance du pied du mur au rez-de-chaussée. Il faut suivre, sur l'étendue du tour d'échelle, l'usage des différens lieux.

245. Les lois du bon voisinage me défendent bien de rien faire passer de mon héritage sur l'héritage voisin, qui puisse lui nuire; mais elles ne m'empêchent pas de le priver d'une commodité qu'il retirait de mon héritage. Par exemple, si l'héritage voisin tirait du jour de mon héritage, je puis, en élevant un bâtiment sur mon héritage, priver l'héritage voisin du jour qu'il en avait tiré jusqu'alors: *Cum eo qui tollendo obscurat vicini ædes quibus non serviat, nulla competit actio;* *l.* 9, ff. *de servit. urb. præd.*

§ II. SECONDE ESPÈCE D'OBLIGATION.

246. Une autre espèce d'obligation, que forme le voisinage, est, que si mon voisin a un besoin

indispensable de faire passer par ma maison ses ouvriers pour bâtir ou pour réparer sa maison, je suis obligé de le souffrir, à la charge par lui de réparer en diligence ce que ses ouvriers m'auraient gâté. Notre Coutume d'Orléans, *art.* 240, en a une disposition.

C'est par une raison semblable, que lorsque la voie publique est absolument impraticable, le voisin doit prêter passage sur son héritage, jusqu'à ce que l'empêchement soit cessé : *Quùm via publica vel fluminis impetu, vel ruinâ amissa est, vicinus proximus viam præstare debet; l.* 14, § 1, ff. *quemadm. serv. amit.*

§ III. TROISIÈME ESPÈCE D'OBLIGATION.

247. C'est encore une obligation, que forme le voisinage, que quoique régulièrement personne ne soit obligé de vendre, soit pour le tout, soit pour partie, une chose qui lui appartient, néanmoins le propriétaire d'un mur contigu à l'héritage de son voisin est tenu, si ce voisin souhaite bâtir contre ce mur, de lui en vendre la communauté, suivant l'estimation qui en sera faite.

La Coutume de Paris, *art.* 194, en a une disposition. Elle s'exprime ainsi : « Si quelqu'un veut « bâtir contre un mur non mitoyen, faire le peut, « en payant la moitié tant dudit mur que fonda- « tion d'icelui jusqu'à son héberge; ce qu'il est « tenu de payer auparavant que rien démolir ni « bâtir; en estimation duquel mur est comprise « la valeur de la terre sur laquelle ledit mur est « assis, au cas que celui qui a fait le mur, l'ait « tout pris sur son héritage. »

Notre Coutume d'Orléans, *art.* 235, et plusieurs autres ont la même disposition.

Rien de plus équitable : car étant de mon intérêt de retirer de mon voisin, qui veut bâtir contre mon mur, la moitié du prix qu'il m'a coûté, et de n'être plus tenu que pour moitié des réparations qui y surviendront; ce ne pourrait être que par une pure malice que, contre mon propre intérêt, je refuserais de lui vendre la communauté de mon mur, pour le constituer en dépense, et l'obliger à en construire un sur son terrain au long du mien, qui serait entièrement à ses frais. Or une telle malice, contraire aux devoirs d'amitié que se doivent des voisins, ne doit pas être soufferte : *Malitiis non est indulgendum.*

248. Ces termes de la Coutume, *si aucun veut bâtir contre, etc.*, donnent lieu à la question de savoir si le voisin, qui, sans vouloir bâtir contre le mur contigu à son héritage, voudrait en acquérir la communauté, pourrait obliger le propriétaire du mur à la lui vendre. Il peut avoir intérêt de l'acheter, pour avoir la liberté d'y attacher ses espaliers, ou pour empêcher, en le rendant mitoyen, qu'on n'y puisse ouvrir des vues. Desgodets rapporte un arrêt du 15 février 1655, qui a jugé pour la négative.

La raison est, que cette disposition de la Coutume étant contraire au droit commun, qui ne permet pas qu'on puisse être obligé à vendre pour le tout ou pour partie sa propre chose, paraît devoir être restreinte au cas qu'elle a exprimé.

Cet arrêt n'a pas été suivi. L'Annotateur de Desgodets rapporte un arrêt contraire du 12 juillet 1670, rendu sur les conclusions de M. Talon, qui a jugé que ces termes, *si aucun veut bâtir contre, etc.*, n'étaient pas restrictifs, mais seulement énonciatifs du cas le plus ordinaire.

249. On fait une autre question, si la disposition de la Coutume doit avoir lieu à la campagne comme à la ville. Il me semble que la Coutume n'ayant pas fait, à cet égard, de distinction entre la ville et la campagne, nous n'en devons pas faire : *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus;* d'autant plus qu'il paraît y avoir même raison pour la campagne que pour la ville. Desgodets, sur l'article 210 de Paris, suppose comme chose constante que cela se peut. Néanmoins j'ai vu quelque part la note d'un arrêt du 7 septembre 1736, de la première des enquêtes, par lequel on prétend avoir été jugé que la disposition de notre Coutume d'Orléans, pareille à celle de Paris, ne devait pas avoir lieu dans le bourg de Châteauneuf.

250. Le propriétaire du mur contigu à mon héritage, à qui je demande qu'il me vende la communauté à la partie de ce mur contre laquelle je veux bâtir, ne peut pas m'obliger d'acquérir la communauté de tout le mur. Si je ne veux acheter la communauté qu'à la partie du mur dont j'ai besoin, il est obligé de me la vendre. Par exemple, si ce mur est de six toises de longueur et de douze toises de hauteur, et que le bâtiment que je veux construire contre soit de trois toises de longueur et de quatre toises de hauteur, je n'acquerrai la communauté, et je ne paierai la moitié de la valeur, que des quatre toises de hauteur du mur sur les trois toises de longueur dont je me veux servir.

Je dois aussi acquérir la communauté et payer la moitié de la valeur du terrain, et de la fondation du mur dans la longueur des trois toises dont je me veux servir; car j'ai besoin, pour le bâtiment que je veux construire, de ce terrain et de la fondation, puisque le mur, contre lequel je veux bâtir, ne pourrait pas soutenir mon bâtiment, s'il n'était pas fondé.

Mais si le propriétaire du mur, qui a des caves le long de la partie de ce mur contre laquelle je veux bâtir, avait, pour ces caves, fait la fonda-

tion de ce mur beaucoup plus profonde qu'il n'est nécessaire pour soutenir mon bâtiment, ne voulant point avoir de caves de mon côté, je ne serai obligé de payer la moitié de la valeur de la fondation, que jusqu'à la concurrence de la partie nécessaire pour soutenir mon édifice; et l'ancien propriétaire du mur demeurera seul propriétaire du surplus de cette fondation jusqu'à ce qu'il me plaise de faire aussi des caves de mon côté : auquel cas je serai tenu de payer la moitié de la valeur du surplus de cette fondation qui me deviendra nécessaire. C'est ce qu'observe fort judicieusement Desgodets, sur l'article 194, *n.* 17.

Vice versâ, si le propriétaire du mur, dont je veux acquérir la communauté, n'avait point de caves le long de ce mur, et que je voulusse en avoir, je serais tenu de faire seul à mes dépens, par sous-œuvre, la fondation nécessaire pour cela, et j'en serais seul propriétaire; *Desgodets, n.* 8.

251. Lorsque le mur, contre lequel le voisin veut bâtir, est un mur d'une grosse épaisseur, qui soutient un édifice considérable, Desgodets, *ibid. n.* 28, prétend que le voisin, qui veut bâtir contre, et qui, pour l'édifice qu'il veut y construire, n'a pas besoin d'une si grosse épaisseur de mur, n'est obligé d'acheter la communauté à ce mur que dans la partie de l'épaisseur de ce mur dont il a besoin, et non dans toute son épaisseur, de même qu'il n'est obligé d'acheter la communauté au mur que dans la longueur et dans la hauteur dont il se veut servir. Il décide en conséquence qu'il n'est obligé de payer que la moitié du prix de dix-huit pouces d'épaisseur ou largeur, tant du mur que du terrain.

Cette décision me paraît souffrir difficulté; car il profite de toute l'épaisseur.

Ce qu'il ajoute, que lorsque le mur est un mur de pierres de taille, le voisin, qui voudrait bâtir contre, ne serait tenu de payer que la moitié de la valeur d'un bon mur de moellon, me paraît souffrir encore plus de difficulté : car le droit, que la Coutume accorde par cet article au voisin qui veut bâtir contre le mur contigu à son héritage, est celui d'acheter du propriétaire la communauté de ce mur, et de le forcer à la lui vendre; mais il ne peut acheter la communauté qu'au mur de pierres de taille qui existe, et non pas la communauté à un mur de moellon qui n'existe pas; et c'est le prix du mur qui existe, et dont il achète la communauté, qu'il doit pour la part qu'il y acquiert, non le prix d'un mur de moellon qui n'existe pas, et qu'il n'acquiert pas.

252. *Vice versâ,* si le mur, contre lequel je veux bâtir, quoique suffisant pour le soutien, n'est pas suffisant pour soutenir ceux que je veux construire contre; après que j'aurai acheté la communauté au mur en l'état qu'il est, et que j'en aurai payé le prix, je serai encore obligé, avant que de pouvoir commencer mon bâtiment, de fortifier le mur de mon côté, de manière qu'il soit suffisant pour le supporter, ce qui sera fait aux dépens de moi seul; sauf que, si l'ancien propriétaire veut aussi par la suite élever de son côté de nouveaux bâtimens, pour le soutien desquels le mur, dans son ancien état, ne serait pas suffisant, il devra à son tour me payer la moitié de la valeur de l'augmentation que j'ai faite à ce mur.

Si le mur, contre lequel je veux bâtir, indépendamment des bâtimens que je veux construire contre, était mauvais, et devenu insuffisant pour le soutien de ceux à qui il appartient, ayant acquis la communauté de ce mur par la vente que le propriétaire est obligé de m'en faire, je pourrais l'obliger à contribuer aux frais de la réparation, et même, s'il était besoin, de la construction de ce mur, comme nous avons vu qu'y pourraient être obligés les propriétaires des murs mitoyens; *suprà, n.* 220.

253. Quand même le mur non mitoyen aurait été autrefois mitoyen et commun, et qu'il ne serait devenu non mitoyen, que par l'abandon que l'un des voisins aurait fait à l'autre de son droit de communauté, pour se décharger des réparations, le voisin, qui a fait l'abandon, lorsqu'il voudra bâtir contre, ou pour quelque autre raison rentrer dans la communauté du mur, sera obligé de rembourser au propriétaire du mur la moitié non seulement du prix du mur, mais aussi du fonds d'icelui : la Coutume de Paris, *art.* 212, le décide ainsi. Il ne peut pas, pour s'en dispenser, opposer que la moitié du fonds lui appartenait autrefois; car il suffit que la propriété du fonds aussi bien que du mur appartienne aujourd'hui en entier au voisin, pour qu'il doive être tenu d'en payer la moitié du prix, s'il veut rentrer dans la communauté.

254. Il nous reste à observer, que le prix, que la Coutume oblige celui qui veut bâtir contre le mur contigu à son héritage, de payer au propriétaire du mur, étant le prix de la communauté à ce mur, qu'elle oblige le propriétaire à lui vendre, ce prix doit s'estimer, non en égard à ce que ce mur a coûté à construire, mais eu égard à sa valeur présente; le prix d'une chose qu'on vend étant celui qu'elle vaut au temps où on la vend.

FIN DU TRAITÉ DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ.

TRAITÉ
DES CHEPTELS.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

La Thaumassière, en sa préface sur le titre des Cheptels de la Coutume de Berry, distingue trois espèces de contrats de cheptels; le cheptel simple et ordinaire, le cheptel à moitié, et le cheptel de fer.

SECTION PREMIÈRE.

Du cheptel simple et ordinaire.

1. Le cheptel simple et ordinaire est un contrat par lequel l'une des parties, qui est le bailleur, donne à l'autre, qui est le preneur, un cheptel, c'est-à-dire, un fonds de bail, pour le soigner et gouverner pendant un certain temps, à la charge qu'à l'exception des profits de laitages, graisses ou fumiers et labeurs, qui sont laissés en entier au preneur, tous les profits qu'il y aura sur le cheptel, tant de laines, que des croîts et des améliorations des bêtes, seront communs entre les parties par moitié; comme aussi que si, par des cas fortuits, il se trouvait, à la fin du temps, de la perte sur le cheptel, elle serait pareillement supportée en commun par les parties.

La principale différence entre ce cheptel simple et le cheptel à moitié, dont nous traiterons dans la section suivante, est que, dans le cheptel simple, le fonds entier du cheptel est fourni par le bailleur seul; au lieu que dans le cheptel à moitié, chacune des parties en fournit la moitié.

Nous traiterons, dans un premier article, de la nature et de la forme de ce contrat: nous examinerons, dans un second, si ce contrat de cheptel simple, tel que nous l'avons décrit, est licite, soit dans le for de la conscience, soit dans le for extérieur: dans un troisième, nous traiterons des clauses qui sont réprouvées dans ce contrat: nous traiterons, dans un quatrième, des obligations qui en naissent: nous verrons, dans un cinquième, quand le partage du cheptel peut être demandé, et comment il se fait.

ARTICLE PREMIER.

De la nature de ce contrat, et de sa forme.

Ce contrat peut être considéré de deux différentes manières, ou sous deux différens points de vue, suivant que peut paraître avoir été l'intention des parties contractantes. Nous traiterons, dans les deux premiers paragraphes, de la nature du contrat de cheptel, considéré sous chacun de ces points de vue; nous ajouterons un troisième paragraphe, où nous traiterons de la forme de ce contrat.

§ I. DE LA NATURE DU CONTRAT DE CHEPTEL CONSIDÉRÉ SOUS UN PREMIER POINT DE VUE.

2. Le premier point de vue, sous lequel ce contrat de cheptel peut être considéré, est celui par lequel on le considère comme un contrat de société de bestiaux que les parties ont intention de faire.

Par ce contrat de société, le preneur n'ayant pas le moyen de fournir à la société sa moitié du fonds des bestiaux qui doit composer ce

cheptel, et qu'il doit fournir pour pouvoir être associé pour moitié, le bailleur la fournit pour lui, et la lui avance; de laquelle avance le preneur doit faire raison au bailleur lors de la dissolution de la société.

En considérant le contrat sous ce point de vue, le bailleur est censé fournir à la société le cheptel, taut pour lui que pour le preneur; savoir, la moitié pour lui et en son nom, et l'autre moitié pour le preneur à qui il en fait l'avance.

Au moyen de cette avance, le fonds du cheptel devient commun entre les deux parties : le preneur en est fait propriétaire pour moitié, et est seulement débiteur envers le bailleur, du prix de la moitié du cheptel que le bailleur lui a avancé.

On dira peut-être que le preneur n'a pas besoin, pour être associé pour moitié, d'apporter à la société la moitié des bestiaux qui en doivent composer le fonds, puisque se chargeant seul de la garde du bétail, et même de la nourriture et de l'hébergement, lorsqu'il n'est pas le métayer du bailleur, ces choses lui doivent tenir lieu de la part qu'il doit apporter à la société.

La réponse est, que le preneur est suffisamment récompensé par la société, pendant qu'elle dure, par les profits des laitages, fumiers et labeurs des animaux, lesquels lui sont laissés pour récompense de ces choses, et ne tombent point en partage entre les parties. C'est pourquoi le preneur, pour être associé pour moitié, et avoir droit à la moitié des profits de la tonte des laines, des croîts et de l'amélioration des animaux, doit fournir à la société la moitié des bestiaux qui doivent composer le fonds du cheptel.

Cela se prouve par l'exemple du contrat de cheptel à moitié, dont nous traiterons dans la section suivante. Dans ce cheptel à moitié, quoique le preneur soit chargé seul de la garde des troupeaux et des mêmes choses que dans le cheptel simple, néanmoins, parce qu'il en doit être récompensé par la société, de la manière dont nous venons de le dire, il ne laisse pas de fournir à la société la moitié du fonds du cheptel.

Dans le contrat à cheptel, ou c'est un étranger, qui n'est pas le propriétaire de la métairie où le cheptel doit être placé, qui est le bailleur du cheptel, ou c'est le propriétaire de la métairie.

Dans le premier cas, le preneur, à la vérité, outre sa part du cheptel qui est avancée pour lui par le bailleur, fournit seul à la société la garde et le gouvernement du cheptel, l'usage de ses pâturages et de ses logis, pour la nourriture et l'hébergement des Bêtes qui le composent. Mais, comme nous l'avons déjà dit, il est payé de cela par la société pendant qu'elle dure, par le profit des laitages, par celui des fumiers dont il se sert pour l'engrais de ses terres, et par les labeurs des animaux; tous lesquels profits sont laissés en entier au preneur, sans que le bailleur y participe en rien.

Dans le second cas, lorsque le contrat de cheptel se fait entre un propriétaire de métairie et son métayer, ce qu'on appelle *cheptel de métairie*, la condition du métayer, qui est le preneur, est bien plus avantageuse. S'il fournit seul la garde du cheptel, le bailleur de son côté, fournit l'usage de ses pâturages et de ses logis, pour la nourriture et l'hébergement du cheptel, ce qui équipolle pour le moins à la garde du cheptel que le preneur fournit : d'où il suit que dans ce cheptel, le preneur ne fournissant pas plus que le bailleur à la société, les menus profits du bétail, tels que ceux des laitages qu'on lui laisse, sont un bénéfice et une gratification que le bailleur lui fait.

3. Il reste à observer que la société, qui renferme le cheptel ordinaire, considéré sous ce premier point de vue, aussi bien que celle que renferme le cheptel à moitié, dont nous parlerons dans l'article suivant, ont cela d'exorbitant des sociétés ordinaires, que la mort de l'un des associés n'en opère pas la dissolution, et que le droit et la qualité d'associé qu'avait l'associé défunt, passe à ses héritiers. Cela n'empêche pas qu'elles ne soient de vraies sociétés : car s'il est de la nature de la société qu'elle soit dissoute par la mort de l'un des associés, cela n'est pas de son essence, puisque par le droit romain, dans la société contractée pour la ferme des impôts, on pouvait valablement convenir que les héritiers de l'associé qui mourrait dans le cours de la société, succéderaient en sa place à la société pour le temps qui en restait à courir.

§ II. DU SECOND POINT DE VUE SOUS LEQUEL PEUT ÊTRE CONSIDÉRÉ LE CHEPTEL SIMPLE.

4. Le cheptel simple et ordinaire peut être considéré sous un second point de vue. Lorsque l'intention du bailleur a été de demeurer seul propriétaire du fonds du cheptel, le cheptel doit, en ce cas, être considéré comme un contrat innommé, tenant plutôt du bail que de la société, par lequel le bailleur donne pour un certain temps au preneur son cheptel à garder, et même quelquefois à nourrir et loger, moyennant une certaine récompense ou loyer que le bailleur lui donne, qui consiste dans les profits de laitages, fumiers et labeurs des animaux : et en outre, pour intéresser et engager davantage le preneur à apporter tous ses soins au cheptel, le bailleur lui accorde par ce contrat la moitié de tous les autres profits, tant de ceux des laines, que de ceux des croîts et améliorations du bétail; à la charge, néanmoins, que le preneur se

chargera pour la même portion, du risque de la perte qui pourrait arriver sur le cheptel par des cas fortuits.

Il paraît que c'est sous ce second point de vue que les Coutumes ont considéré le contrat de cheptel, et que l'intention la plus ordinaire des parties, dans ce contrat, est que le bailleur demeure seul propriétaire du cheptel.

Ce que nous avons dit, que, par ce contrat, le bailleur donne au preneur son cheptel, non seulement à garder, mais même quelquefois à nourrir et loger, a lieu lorsque c'est un étranger qui est le bailleur du cheptel : car c'est, en ce cas, le laboureur preneur du cheptel, qui est chargé en entier de la nourriture et du logement du bétail : c'est lui qui fournit les pâturages et les étables. Aussi il doit avoir seul le profit des laitages, fumiers et labeurs des animaux; le bailleur n'y doit prendre aucune part. Lorsque le contrat intervient entre un maître de métairie qui est le bailleur, et son métayer qui est le preneur, en ce cas le preneur n'est chargé que de la garde du cheptel, puisque le bailleur fournit les pâturages et l'hébergement.

§ III. DE LA FORME DU CHEPTEL ORDINAIRE.

5. Ce contrat n'est proprement assujetti à aucune forme, sinon que, dans ce contrat, le bailleur devant à la fin du cheptel, au partage qui s'en fera, prélever le montant de la valeur des bestiaux qu'il a donnés à cheptel, il en doit être fait, lors du contrat, une prisée, pour connaître quelle en était la valeur lors du contrat.

Cette prisée peut se faire ou à l'amiable entre les parties, ou par des estimateurs que les parties choisissent.

Si un bailleur, profitant du besoin pressant qu'un laboureur a de son bétail pour faire valoir sa métairie, l'a fait consentir à une estimation trop forte du bétail qu'il lui donnait à cheptel, il est obligé, dans le for de la conscience, de réduire cette estimation à la somme qui était le juste prix du cheptel lors du contrat.

Contrà vice versâ, si, dans un cheptel passé entre un maître de métairie et son métayer, le maître s'en rapportait, pour la prisée, à ce métayer, ce serait une injustice, si le preneur la faisait au-dessous du juste prix.

6. Le contrat de cheptel n'a pas, à la vérité, besoin d'être revêtu d'aucune formalité pour avoir son exécution entre les parties contractantes : il peut vis-à-vis d'elles être passé par un acte sous signature privée : il peut même être fait verbalement, lorsque les parties ne disconviennent pas de la convention. Mais pour que le bailleur puisse justifier le contrat de cheptel, dans le cas d'une saisie des bestiaux du cheptel pour la taille, et autres impositions dues par le preneur chez qui les bestiaux se trouvent, et pour que le bailleur puisse en conséquence en obtenir main-levée, l'édit du mois d'octobre 1713, *art.* 17, a assujetti à cet égard les contrats de cheptel à certaines formalités, qui sont, 1° qu'il en sera passé acte devant notaire; 2° que l'acte contiendra le nombre, l'âge et le poil des bêtes du cheptel; 3° qu'ils seront contrôlés dans la quinzaine; 4° qu'ils seront publiés aux prônes des paroisses de la demeure des preneurs (ou, ce qui équipolle, à la porte de l'église à l'issue de la messe de paroisse, suivant la déclaration du 16 décembre 1698); 5° qu'ils doivent être registrés sans frais au greffe de l'élection, dans les deux mois de leur date.

Par l'article 18, il est défendu aux officiers des élections d'avoir aucun égard aux baux à cheptel, s'ils ne sont revêtus desdites formalités, sans qu'ils puissent en admettre la preuve par écritures privées, ni par témoins, à peine de nullité. Lorsque le contrat de cheptel est revêtu de toutes les susdites formalités, le bailleur peut, en le représentant, obtenir la main-levée de la saisie qui aurait été faite des bestiaux de son cheptel, même pour la taille et les autres impositions dues par le preneur; sauf néanmoins que la saisie peut tenir et être suivie, pour un cinquième du cheptel pour le taux de taille du preneur, sans que pour les autres impositions elle puisse tenir pour aucune portion; *art.* 19.

ARTICLE II.

Si le contrat de cheptel simple est permis.

7. L'auteur des Conférences de Paris sur l'usure, prétend que le contrat de cheptel simple et ordinaire, tel que nous l'avons exposé dans l'article précédent, et par lequel le preneur supporte la moitié de la perte, lorsqu'il y en a, comme il a la moitié du profit, est un contrat illicite et usuraire, contraire au droit naturel, et aux Coutumes du royaume qui ont traité de cette matière.

Nous établirons, au contraire, dans un premier paragraphe, que ce contrat, dans les provinces où il est autorisé et pratiqué, est équitable, et n'a rien de contraire au droit naturel.

Nous établirons, dans un second paragraphe, qu'il est expressément autorisé par les Coutumes qui ont traité des cheptels.

Dans un troisième paragraphe, nous examinerons si le contrat de cheptel, tel que nous l'avons exposé, est licite indistinctement dans tous les pays.

Dans un quatrième, s'il est licite à l'égard de toutes les espèces d'animaux.

§ I. LE CONTRAT DE CHEPTEL SIMPLE ET ORDINAIRE N'A RIEN DE CONTRAIRE A L'ÉQUITÉ NATURELLE DANS LES PROVINCES OU IL EST ADMIS.

8. Pour détruire les raisonnemens de l'auteur des Conférences contre le contrat de cheptel, il suffit de les rapporter.

Cet auteur distingue deux espèces de contrats de cheptel : celui qu'il appelle *cheptel affranchi*, qui est le cheptel à moitié, dont nous traiterons dans la section suivante, par lequel chacune des parties fournit à la société la moitié des bestiaux qui doivent composer le fonds du cheptel et de la société; et *le cheptel* qu'il appelle *non affranchi*, par lequel le bailleur fournit tout le fonds du cheptel. Il convient que dans le cas du cheptel affranchi, la perte, qui arrive sur le cheptel par des cas fortuits, doit être supportée en commun par les deux parties, à qui le fonds du cheptel appartient en commun; mais il soutient que, dans notre espèce de cheptel simple, qu'il appelle le cheptel *non affranchi*, le bailleur, qui a fourni tout le fonds du cheptel, doit en supporter seul la perte, s'il en arrive par des cas fortuits, et qu'on ne peut sans injustice en faire porter aucune part au preneur.

Suivant le système de cet auteur, le preneur, qui n'a pas fourni sa part des bestiaux qui doivent composer le cheptel, et qui d'ailleurs n'apporte rien de plus que ce qu'un preneur, qui a fourni sa part des bestiaux, apporte outre sa part, est néanmoins de meilleure condition que le preneur qui a fourni sa part; car celui-ci n'a la moitié des profits qu'à la charge de supporter la moitié de la perte; au lieu que le preneur, qui n'a pas fourni sa part des bestiaux, a la même part dans les profits que celui qui l'a fournie, sans être, comme lui, sujet à supporter sa part de la perte, lorsqu'il en arrive. Qui ne sent l'absurdité d'un pareil système?

Lorsque je fais un plaisir à quelqu'un, en lui faisant un prêt ou une avance, il ne m'est pas permis, à la vérité, de retirer aucun lucre du bienfait que je lui fais; mais néanmoins ce bienfait ne doit pas m'être préjudiciable; *officium suum nemini debet esse damnosum*. Dans le système de l'auteur des Conférences, le bailleur, pour faire au preneur le plaisir d'avancer pour lui la part des bestiaux qu'il doit fournir à la société, se ferait un préjudice considérable, puisque, dans ce système, il se chargerait pour le total du risque de la perte sur le cheptel, qu'il n'aurait supporté que pour moitié, s'il n'eût pas fait au preneur cette avance, et que le preneur eût apporté la part qu'il devait apporter. Qui ne sent, encore un coup, l'absurdité d'un pareil système?

9. Tout l'argument de cet auteur se réduit à dire, que c'est un principe de droit naturel, que les choses doivent être aux risques de ceux à qui elles appartiennent; que la perte, lorsqu'elle arrive par un cas fortuit, ne doit donc être supportée par eux, *Res perit domino*, et qu'on ne peut sans injustice la faire supporter par d'autres.

De là il conclut que, dans le cheptel ordinaire, qu'il appelle *cheptel non affranchi*, le bailleur ayant seul fourni les bestiaux, et en étant par conséquent seul propriétaire, il doit seul en supporter la perte, et qu'il ne peut sans injustice en faire supporter aucune part au preneur.

Il est facile de répondre à son argument. 1° Lorsque le cheptel simple est considéré sous le premier point de vue sous lequel nous avons vu, en l'article précédent, qu'il pouvait être considéré, le bailleur étant, dans ce cas, censé fournir pour le preneur la moitié dans le fonds du cheptel que le preneur doit fournir, et lui avancer cette moitié, le fonds du cheptel n'est pas moins, dans ce cas, commun entre les deux parties, que dans le cas du cheptel à moitié, que l'auteur des Conférences appelle *cheptel affranchi*; et par conséquent, même suivant le principe de cet auteur, la perte, qui arrive par cas fortuit sur le cheptel, doit être supportée en commun, comme dans le cas du cheptel affranchi. La seule différence entre le cheptel simple, considéré sous le premier point de vue, et le cheptel à moitié ou affranchi, est que, dans le cheptel simple, le preneur est débiteur envers le bailleur, du prix de la moitié du fonds du cheptel, que le bailleur est censé avoir fourni pour lui, et lui avoir avancé. Mais quoique le preneur soit débiteur du prix de cette moitié, il ne laisse pas d'être propriétaire de cette moitié, et elle doit par conséquent être à ses risques, même suivant le principe de l'auteur des Conférences.

10. 2° En considérant le cheptel simple sous le second point de vue, suivant lequel le bailleur demeure seul propriétaire du fonds du cheptel, il est encore facile de répondre à l'argument de l'auteur des Conférences. Une chose, dit-il, doit être aux risques de celui à qui elle appartient, et il en doit supporter la perte, lorsqu'elle arrive par cas fortuit; *Res perit domino*. Je réponds que ce principe souffre des exceptions. Il serait trop long de les rapporter toutes; il suffit de rapporter celle qui sert à la décision de la question présente, qui est que le propriétaire d'une chose peut licitement, et sans blesser la justice, se décharger du risque de sa chose, et charger de ce risque une autre personne, en payant à cette personne le prix du risque dont il la charge.

C'est ce qui arrive dans le cas du contrat d'assurance, par lequel les propriétaires d'un navire et les propriétaires des marchandises qui

y sont chargées, chargent des assureurs des risques que doivent courir leur vaisseau ou leurs marchandises pendent le cours d'une navigation, en donnant à ces assureurs une certaine somme pour le prix du risque dont ils les chargent.

Pareillement, dans notre contrat de cheptel simple, le bailleur peut, par ce contrat, sans blesser la justice, se décharger, pour moitié, du risque de son cheptel, et en charger le preneur pour cette moitié, en lui accordant pour le prix de ce risque dont il le charge, la moitié dans les profits des laines, croît et améliorations des bêtes, qui ne lui seraient pas dus sans cela, étant d'ailleurs suffisamment payé de ce qu'il fournit pour le cheptel, par les profits de laitages, graisses et labeurs qu'on lui laisse.

§ II. Le cheptel simple est autorisé par les coutumes.

11. Le cheptel simple, par lequel le preneur a part à la perte comme aux profits, bien loin d'être contraire aux lois et Coutumes du royaume, comme se l'est imaginé l'auteur des Conférences, est au contraire expressément autorisé par les Coutumes qui ont traité de la matière des cheptels; et nous le défions d'en citer aucune qui l'ait condamné.

Nous commencerons par la Coutume de Berry. Cette Coutume, *art.* 3, traite de la manière dont se fait le partage après l'expiration du temps que doit durer le bail à cheptel. Il est évident que, dans cet article, la Coutume traite du cheptel simple; car il est parlé du prélèvement que doit faire le bailleur de son cheptel, ce qui ne peut avoir lieu que dans le cheptel simple. Dans le cheptel à moitié, par lequel chacune des parties a fourni sa moitié, il ne peut y avoir un prélèvement du cheptel à faire.

Cet article 3 est pour le cas auquel il se trouve du profit dans le cheptel : l'article 4 qui suit, est pour le cas auquel il s'y trouve de la perte.

Il est évident, par la connexion et l'opposition qui est entre l'article 4 et l'article 3, qu'il est parlé dans l'article 4 de la même espèce de cheptel dont traitait l'article 3, et par conséquent du cheptel simple. Or voici comment s'explique la Coutume audit article 4 : « Et si ladite « appréciation desdites bêtes est moindre que le « cheptel que doit prendre le bailleur (c'est-à- « dire, que la somme à laquelle monte, suivant « la première prisée faite lors du bail, le fonds « de bestiaux fourni en entier par le bailleur), « la perte qui est sur le cheptel doit être divisée « par moitié, et de la moitié sera tenu le pre- « neur en rembourser le bailleur. »

Cette perte, que l'article 4 fait supporter en commun par le bailleur et le preneur, est celle qui est arrivée par des cas fortuits; car à l'égard de celle qui serait arrivée par la faute du preneur, la Coutume en charge en entier le preneur. C'est pourquoi, après la première partie de l'article 4 que nous venons de rapporter, la Coutume ajoute : « Et si par la faute, coulpe et négli- « gence du preneur, ladite diminution et dété- « rioration des bêtes sont provenues, il est tenu « aux dommages et intérêts du bailleur. »

L'auteur des Conférences, qui ne peut se tirer de cet article 4 de la Coutume de Berry, qui décide dans les termes les plus formels, « que « dans le cheptel simple (que cet auteur appelle « non affranchi), la perte, lorsqu'il s'en trouve, « est supportée en commun par le bailleur et la « preneur, a cru pouvoir éluder cet article en « disant, *page* 457, qu'il devrait être restreint « au seul cas d'un partage qui aurait été *intem- « pestivement demandé.* » Mais cette interprétation est divinatoire et ridicule. Il n'y a ni dans l'article 4, ni dans ce qui le précède, ni dans ce qui le suit, aucun vestige de ce cas d'un partage intempestivement demandé, qu'a imaginé l'auteur des Conférences. Au contraire, l'article 3, avec lequel l'article 4 a une connexion évidente, s'exprime en termes formels du cas d'un partage demandé après l'expiration du temps que doit durer le cheptel. Voici ses termes : *En cheptel, celui qui veut exiger après le temps conventionnel ou de la Coutume passé.* Donc pareillement dans l'article 4, qui y est relatif, il est question du cas du compte du cheptel qui se rend *après le temps concentionnel ou de la Coutume passé,* et non pas du cas d'un partage *intempestivement demandé,* comme a osé l'avancer l'auteur des Conférences, sans aucun fondement.

12. Quand même le texte de la Coutume de Berry ne serait pas aussi clair qu'il l'est, l'usage de la province, qui l'a toujours entendu dans le sens dans lequel nous l'entendons, ne devrait laisser aucun doute.

Cet usage ne peut mieux être justifié que par la jurisprudence de la province, et les jugemens qui ont été rendus; *l.* 24, ff. *de legibus.* Or la Thaumassière, dans ses décisions, *centur.* 11, *chap.* 46, nous rapporte plusieurs sentences du présidial de Bourges, qui même dans les temps des guerres civiles, dans lesquels les bestiaux de la province étaient pillés par les différens partis, ont jugé que les preneurs, dans les cheptels simples, devaient supporter la moitié de ces pertes.

13. La Coutume de Bourbonnais n'est pas moins formelle que celle de Berry, pour autoriser le contrat de cheptel simple, par lequel le preneur, à qui on accorde la moitié dans le profit du cheptel fourni en entier par le bailleur, doit

supporter la moitié de la perte, lorsque par des cas fortuits, au lieu de profit, il y a de la perte.

Voici comme elle s'exprime en l'article 454 : « Si au temps de la prisée les bêtes sont moins « prisées que du prix pour lequel elles ont été « baillées à cheptel et croît, le bailleur prendra « icelles bêtes ou la somme du prix entièrement; « et lesdits bailleur et preneur, seront tenus « chacun par moitié de la perte; de laquelle « moitié ledit preneur est tenu de rembourser « ledit bailleur. » L'auteur des Conférences ne peut pas dire que cet article ne doit être entendu du cheptel affranchi : ces termes de l'article, *de laquelle moitié ledit preneur est tenu de rembourser le bailleur*, y résistent; car dans le cas du cheptel affranchi, en cas de perte, le preneur, lors du partage du cheptel, n'a rien à rembourser au bailleur : il supporte pour sa part la perte en ce qu'il retire moins qu'il n'a apporté.

L'auteur des Conférences ne peut pas non plus disconvenir que cette perte, dont la Coutume fait supporter la moitié au preneur, ne soit celle qui est arrivée sans la faute du preneur; car à l'égard de celle qui arrive par sa faute, il ne la doit pas seulement supporter pour la moitié, mais en total. C'est pourquoi la Coutume ajoute à la fin de l'article : *Mais si la détérioration est arrivée par fraude, dol ou malversation du preneur, il est tenu des dommages et intérêts envers le bailleur.*

14. Passons à la Coutume de Nivernais. Bien loin qu'elle proscrive le contrat de cheptel par lequel la perte comme le profit, lorsqu'il y en a sur le cheptel, se partage en commun entre le bailleur qui a fourni tout le cheptel, et le preneur, au contraire elle l'autorise formellement.

Cette Coutume, *au titre des Droits et Cheptels des Bêtes*, après avoir dit en l'art. 2, que *le contrat de cheptel est de telle nature que le bailleur baille et fournit le bétail*, s'exprime ainsi en l'art. 3 : « Et doit le preneur telle garde audit « bétail, que s'il périt par ses dol, faute et « coulpe, le dommage se prend sur lui : mais « si c'était par fortune ou inconvéniens non pré- « vus, ou qui ne se pourraient prévoir, il n'en « sera tenu; mais est le péril ou perte com- « mun. »

L'art. 4 qui suit, dit : « Aussi est le péril « dudit bétail commun, régulièrement entre le « preneur et le bailleur, tout ainsi que le croît « qui en procède. »

La Coutume de Nivernais autorise bien formellement par ces articles notre contrat de cheptel, par lequel la perte, comme le profit, se partage également entre le bailleur qui a fourni tout le cheptel, et le preneur.

15. L'auteur des Conférences donne, à son ordinaire, la torture à ces articles : il dit que cette dernière phrase de l'article 3 doit être détachée de l'article 3, et placée au commencement de l'article 4; et que cet article 4, ainsi que la fin de l'article 3, qui y doit être portée, sont dans le cas du cheptel affranchi, et non dans le cas du cheptel non affranchi, dont les articles 2 et 3 ont parlé : Autrement, dit cet auteur, ces termes, *mais est le péril ou perte commun*, formeraient une contradiction avec ceux-ci qui précèdent, *il n'en sera tenu.*

Je réponds que ces termes, *mais est le péril ou perte commun*, ne contredisent pas ceux qui précèdent, *il n'en sera tenu.* Ils servent à les expliquer, et à faire connaître que ces termes doivent s'entendre seulement en ce sens, que le preneur *n'est pas tenu* de la perte qui arrive par fortune et sans sa faute, de la même manière qu'on venait de dire qu'il était tenu de celle arrivée par sa faute; *qu'il n'en est pas tenu* seul; *qu'il n'est pas tenu* d'en dédommager le bailleur : mais cela ne veut pas dire qu'il n'en doit pas supporter sa part, comme ayant part à la perte ainsi qu'au profit. Ainsi nulle contradiction dans l'article 3, et nul besoin d'en détacher la fin.

La Coutume de Bergerac, dont le texte est rapporté *infrà, n.* 18, s'exprime de la même manière, et sert à confirmer notre interprétation.

16. Quant à ce que dit l'auteur des Conférences, que cette fin de l'article 3, *mais est le péril ou perte commun*, et l'article 4, ne doivent pas s'entendre du cheptel non affranchi, dont il avait été parlé auparavant, mais du cheptel affranchi, cela est dit sans aucun fondement. Ce n'est qu'en l'article 5 que la Coutume commence à parler de l'affranchissement du cheptel que le preneur peut faire pendant le cours du bail, en laissant prélever au bailleur le prix des bêtes et des laines qui se vendent, jusqu'à concurrence de la prisée du cheptel; et lorsque le bailleur se trouve ainsi payé du prix de cheptel, *le bétail dudit cheptel*, dit l'article 6, *ensemble tout le croît, sont communs entre les parties, et en conséquence sont communs les dommages et profits.*

L'effet de cet affranchissement est, suivant cet article, qu'au lieu qu'auparavant le bétail, qui fait le fonds du cheptel, appartenait en entier au bailleur, qui avait au moins le droit d'en prélever le prix, au contraire, depuis qu'il se trouve affranchi et acquitté par le prélèvement que le preneur a laissé faire au bailleur des profits, jusqu'à concurrence du prix entier du cheptel, le bétail, qui fait le fonds de ce cheptel, devient entièrement commun entre les

parties, de manière que le preneur y a autant que le bailleur.

A l'égard de ces derniers termes, *et en conséquence sont communs les dommages et profits*, le sens est, que tout étant commun, les dommages et profits sont communs comme ils l'étaient avant l'affranchissement : mais ces termes n'ont pas ce sens que l'auteur des Conférences leur attribue, que le dommage, qui peut survenir par cas fortuits, ne devient commun que depuis que le cheptel a été acquitté et affranchi.

La raison est, 1° que si, dans cette phrase, *et en conséquence sont communs les dommages et profits*, on devait conclure de ces termes *en conséquence*, que le dommage ne devait être commun que depuis l'affranchissement, et en conséquence de l'affranchissement et acquittement du cheptel, il y aurait lieu d'en conclure pareillement que le profit ne doit être commun que depuis l'affranchissement, et en conséquence de l'affranchissement et de l'acquittement du cheptel; car dans la phrase les termes *en conséquence*, ne tombent pas plus sur *le dommage*, que sur *le profit*. Or on ne conteste pas que dès avant l'affranchissement, le profit était commun, et qu'il ne fait que continuer de l'être; donc pareillement le dommage ne fait que continuer d'être commun.

2° Il est contre la raison de penser que l'affranchissement et l'acquittement du cheptel que fait le preneur, ne servent qu'à rendre sa condition beaucoup plus mauvaise que s'il ne l'eût pas acquitté, en le rendant sujet au risque de la perte, sans qu'il ait dans le profit rien de plus que ce qu'il aurait eu sans courir le risque d'aucune perte, s'il n'eût pas affranchi le cheptel.

17. L'auteur des Conférences se prévaut beaucoup de l'autorité de Coquille. Il est vrai que Coquille, en son Commentaire sur la Coutume de Nevers, et dans ses questions sur cette Coutume, *art.* 84, a pensé que, dans le cheptel simple, tant qu'il n'avait pas été affranchi et acquitté par le preneur, la perte qui arrivait par cas fortuits sur le cheptel, si elle n'était réparée et suppléée par les profits, devait, en cas qu'elle excédât les profits, être supportée par le bailleur, qui était pour le total propriétaire du cheptel, les choses devant être aux risques de ceux à qui elles appartiennent, *Res perit domino*. C'est cette autorité de Coquille qui a induit en erreur l'auteur des Conférences, et les autres casuistes. Mais quelque respectable que soit l'autorité de Coquille, elle n'est, sur cette question, rien moins que décisive. 1° Cet auteur convient que son opinion est une opinion singulière, et que l'interprétation qu'il donne à sa Coutume, est une interprétation contraire à celle qu'on y avait toujours donnée jusqu'alors. La Thaumassière, au lieu ci-dessus cité, la combat, et établit qu'elle n'a pas été suivie dans la pratique. 2° Coquille, pour soutenir son opinion, est obligé de donner la torture au texte de la Coutume. Suivant lui, ces termes de la Coutume, *est le péril ou perte commun*, doivent s'entendre en ce sens, que chacun doit supporter la perte pour la part qu'il a dans le cheptel; que le preneur n'ayant part que dans les croîts et profits, il ne doit supporter pour sa part que la perte qui arrive sur les croîts, et non celle qui arrive sur les bêtes qui font le fonds du cheptel, dans lequel fonds le preneur n'a rien. Cette interprétation forcée est démentie par l'art. 4 qui suit : *Aussi est le péril dudit bestail commun entre lesdits preneur ou bailleur, tout ainsi que le croist et profit qui en procède*. Peut-on dire plus formellement que ce n'est pas seulement le péril du croît et profit qui est commun entre le preneur et le bailleur, mais que le péril *du bestail*, c'est-à-dire, des bêtes qui composent le fonds du cheptel, est pareillement commun entre eux? 3° Coquille n'appuie son opinion sur aucun raisonnement solide. On ne sait ce qu'il veut dire, lorsqu'il dit que ce serait une société léonine, si on faisait supporter au preneur une part de la perte du fonds du cheptel qui appartient en entier au bailleur. On appelle *société léonine*, suivant la loi 20, § 2, ff. *pro soc.*, celle par laquelle un des associés serait sujet à porter sa part de la perte, sans qu'il pût jamais avoir part au profit. Mais dans notre contrat de cheptel, le preneur n'étant sujet à porter sa part de la perte que parce qu'on lui accorde une pareille part dans le profit, on ne peut pas dire qu'il renferme une société léonine. Le seul argument, sur lequel Coquille appuie son opinion, est de dire que les choses doivent être aux risques de ceux à qui elles appartiennent, et que *Res perit domino*. Nous avons, au paragraphe précédent, répondu à cet argument, d'une manière que nous croyons satisfaisante. Nous y renvoyons.

18. Nous pouvons encore rapporter, pour autoriser notre contrat de cheptel simple à moitié de profits et de perte, l'autorité d'une ancienne Coutume de Bergerac, rédigée en latin. Voici comme elle s'explique : *Si contingat aliqua de dictis animalibus seu omnia mori, et hoc sit sine culpâ nutritoris, dictus nutritor non tenetur de morte animalium; sed duntaxat restituet domino medietatem sui* CABAL : *si autem moriantur ob culpam nutritoris aut ejus familiæ, nutritor domino restituere tenebitur* CABAL.

Les autres Coutumes n'ont aucune disposition qui autorise ni qui proscrive notre cheptel simple à moitié de profit et de perte.

§ III. SI LE CONTRAT DE CHEPTEL SIMPLE A MOITIÉ DE PERTE ET DE PROFIT, EST LICITE DANS TOUS LES PAYS.

19. Quoique le contrat de cheptel, dont nous traitons, par lequel le preneur a part à la perte comme au profit, soit équitable et licite, non seulement dans le ressort des Coutumes qui l'ont expressément autorisé, telles que sont celles de Berry, de Bourbonnais et de Nivernais, mais même dans plusieurs autres provinces où il est en usage, quoique les Coutumes de ces provinces ne s'en soient pas expliquées, telle qu'est la province de Sologne, tant orléanaise que bloisaise : il n'en faut pas conclure qu'il soit de même équitable et licite dans tous les autres pays. L'équité de ce contrat dépend des différentes circonstances des lieux. Dans les provinces abondantes en pâturages, où la nourriture du bétail qu'on donne au preneur à garder et à nourrir, lui coûte peu, et où il en est suffisamment payé par les laitages, fumiers et labeurs des animaux, on peut licitement, et sans blesser l'équité, charger le preneur de la moitié du risque de la perte qui peut arriver par des cas fortuits sur le cheptel, en lui donnant pour le prix de ce risque la moitié dans les profits que les parties espèrent faire, tant par les laines, que par les croîts et l'amélioration des bêtes, dans lesquels profits il n'aurait pas droit, sans cela, d'avoir aucune part.

Au contraire, dans les provinces où il y a peu de pâturages, où la nourriture du bétail est très coûteuse au preneur à qui on le donne à nourrir, et où en conséquence la moitié de tous les profits que le preneur perçoit, est à peine le prix de ses frais de nourriture et de garde, on convient que, dans ces provinces, la convention, par laquelle on le chargerait d'une partie du risque de la perte qui peut arriver sur le fonds du cheptel par des cas fortuits, serait une convention injuste et illicite, parce qu'il ne recevrait rien pour le prix de ce risque dont on le chargerait.

20. L'équité du contrat de cheptel simple à moitié de perte et profit, étant dépendante des différentes circonstances, des différens lieux, on ne peut pas conclure de ce que ces contrats seraient réprouvés dans quelques provinces, qu'ils ne pussent être licites et équitables dans les provinces dans lesquelles ils sont admis par les lois municipales, et dans celles dans lesquelles les mêmes raisons qui les ont fait admettre, se rencontrent.

Cela répond aux autorités des conciles de Milan et de Bordeaux, tenus dans le seizième siècle, que l'auteur des Conférences allègue pour son opinion; car quand même nos contrats de cheptel simple à moitié de perte et profit, ne seraient pas licites dans les provinces où se sont tenus ces conciles, il ne s'ensuivrait pas qu'ils ne pussent l'être dans les nôtres. D'ailleurs, je ne voudrais pas être garant de l'exactitude des décisions de ces conciles sur les règles des contrats; cette matière étant plus du ressort des jurisconsultes, que des théologiens qui ont formé les décisions de ces conciles.

Par exemple, dans le concile de Bordeaux, cité par l'auteur des Conférences, on trouve au titre *de Contractibus illicitis*, un canon qui, suivant un ancien préjugé, proscrit, comme usuraires, les contrats de constitution de rente, lorsque la rente n'est pas assignée par le constituant sur un certain héritage dont le revenu égale au moins la rente. Néanmoins il n'est pas douteux aujourd'hui qu'on peut licitement constituer des rentes à prix d'argent sans qu'elles soient assignées sur aucun fonds d'héritage.

On trouve encore au même titre ce canon : *Ne in societate, in quâ alter pecuniam confert, alter operam, lucrum aliter quàm ex æquis partibus dividatur.*

Il est évident que cette décision est au moins louche, et qu'elle ne doit avoir lieu, que dans le cas auquel le prix des services que l'un des associés doit rendre à la société, est d'égale valeur à l'argent ou au prix des marchandises que l'autre associé y apporte. Mais si ces services sont d'une valeur moindre ou plus forte que ce que l'autre associé y apporte, le profit ne doit pas se partager par portions égales; mais la portion de chacun des associés doit être proportionnée à ce que chacun a conféré à la société.

§ IV. SI NOTRE CONTRAT DE CHEPTEL EST LICITE A L'ÉGARD DE TOUTES SORTES D'ANIMAUX.

21. Dans les provinces où le contrat de cheptel simple, à moitié de perte et de profit, est approuvé, il ne l'est qu'à l'égard des bêtes qu'il est d'usage de donner de cette manière à cheptel, telles que sont les bêtes à laine, les chèvres, les bêtes aumailles, c'est-à-dire, les bœufs, vaches, chevaux et jumens.

C'est pourquoi La Thaumassière, en sa préface sur le *Traité des Cheptels*, décide que, dans la Coutume de Berry, qui autorise le cheptel simple à moitié de perte et de profit, à l'égard des bêtes à laine et aumailles, un cheptel de porcs, qui serait fait pareillement à moitié de profit et de perte, y serait illicite. Il rapporte une sentence du présidial de Bourges qui l'a jugé tel. La raison est, que la nourriture de ces animaux, dont on charge le preneur, étant très coûteuse, et la moitié des croîts qu'on lui donne étant en conséquence à peine suffisante pour le récompenser des frais de garde et de nourriture, cette moitié du croît ne peut plus payer le pre-

neur, du prix du risque de la perte du cheptel par cas fortuits dont on le chargerait pour moitié. Or il n'est pas juste que le bailleur, que ce risque concerne en entier comme propriétaire du cheptel, s'en décharge pour moitié sur le preneur, sans payer au preneur le prix de ce risque.

22. La Thaumassière observe que si, dans le cheptel de porcs, le bailleur fournissait une partie considérable de la nourriture, le preneur pourrait être licitement chargé, pour moitié, du risque de la perte par cas fortuits, parce que le preneur n'ayant plus à fournir qu'une part de la nourriture, la moitié des croîts pourroit, en ce cas, être suffisante pour le payer, tant de cette part de la nourriture, que du risque dont on le charge.

Même dans le cas auquel ce preneur fournirait seul la nourriture, le preneur pourrait encore être licitement chargé de ce risque, s'il en était payé d'ailleurs; *putà*, en augmentant sa portion dans les croîts, et lui en donnant les deux tiers au lieu de la moitié; ou bien encore mieux, si le bailleur abandonnait à la société le fonds du cheptel, en ne se réservant point la faculté d'en prélever la valeur, lors du partage à la fin du bail.

23. Le même auteur observe que le cheptel de porcs à moitié de perte et de profit, qui est réprouvé lorsque le preneur n'est pas le métayer du bailleur, doit au contraire être exécuté, et ne peut être critiqué, lorsqu'il est fait à un métayer par le bail d'une métairie; parce que le cheptel, en ce cas, fait partie du bail à ferme de la métairie, et que le risque, dont le fermier se charge pour moitié, fait partie du prix de la ferme, qui, sans cela, aurait pu être affermée davantage.

ARTICLE III.

Des conventions qui sont réprouvées dans les contrats de cheptel.

24. Les Coutumes proscrivent, comme inique, dans un contrat de cheptel, la convention par laquelle le preneur serait chargé pour le total du risque de la perte qui peut arriver par les cas fortuits. Celle de Berry, *art.* 11, s'en explique ainsi : « Tous contrats de bêtes à cheptel, duquel le bailleur doit prendre profit et émolument du fruit, s'il est dit en iceux que les bêtes seront aux périls et fortunes du preneur entièrement, et que le cas fortuit advenant sur icelles sera soutenu du tout par icelui preneur, sont réputés nuls, comme illicites. »

25. Le contrat de cheptel est inique, non seulement lorsqu'on fait porter au preneur toute la perte, mais même lorsqu'on lui en fait porter une plus grande part que celle que la Coutume lui fait porter; à moins qu'il n'en soit récompensé d'ailleurs, par une plus grande part qu'on lui accorderait dans le profit.

Par exemple, si, dans le Berry, ou dans le Nivernais, et dans les provinces où l'usage a adopté la disposition de ces Coutumes qui font porter au preneur la moitié de la perte, lorsqu'il y en a, de même qu'il a la moitié du profit, lorsqu'il y en a, il était stipulé par le contrat de cheptel, que le preneur en supporterait les trois cinquièmes ou les deux tiers, le contrat serait inique, et ne devrait pas être exécuté. C'est ce qui est décidé par l'article 15 de la Coutume de Nivernais, article dans lequel cette Coutume, après avoir réglé par les articles précédens ce qui doit être pratiqué dans le contrat de cheptel, dit : « S'il y a autres convenances que les dessus dites, par lesquelles il y ait *inégalité de profit et dommage....* lesdites convenances sont réputées illicites, et les bailleurs punis comme usuriers. »

Mais si le preneur, à qui, par le contrat, on ferait porter dans la perte une part plus grande que celle que la Coutume fait porter aux preneurs, en était récompensé par une part pareille qu'on lui accorderait dans le profit, le contrat ne renfermerait aucune injustice.

Par exemple, si le contrat, qui fait supporter au preneur les deux tiers dans la perte, lui accordait les deux tiers dans le profit, le contrat ne contiendrait aucune injustice. L'article 15 de la Coutume de Nivernais, que nous avons rapporté ci-dessus, ne condamne que l'*inégalité de profit et de dommage*.

26. *Vice versâ*, le contrat, par lequel, en chargeant le preneur de la moitié de la perte, dont la Coutume le charge, on lui retrancherait quelque chose de la moitié qu'elle lui accorde dans le profit, serait un contrat inique; car la Coutume, par l'article ci-dessus rapporté, réprouve toute *inégalité de profit et de dommage*.

Par exemple, ce serait une clause illicite, s'il était dit que le preneur n'aurait que les deux cinquièmes de profit, et qu'il porterait néanmoins la moitié de la perte, s'il y en avait.

Ce serait pareillement une clause illicite, s'il était dit que le preneur serait obligé de céder sa part dans les toisons au bailleur, pour un prix qui serait au-dessous du juste prix.

Il y aurait pareillement iniquité dans le contrat de cheptel, si on retranchait au preneur quelque chose des profits du laitage, des fumiers et labeurs des bêtes, profits qui lui sont accordés par les Coutumes pour les frais de nourriture et de garde. Selon ce principe, les clauses, par lesquelles le bailleur stipule que le preneur lui donnera une certaine quantité de fromages, ou

de livres de beurre, ou quelques charretées de fumier, sont des clauses illicites.

27. Le contrat est encore illicite, lorsque le bailleur se réserve de prélever au partage, à la fin du bail, quelque chose de plus que la valeur du cheptel qu'il a fourni, suivant la prisée qui en a été faite lors du contrat, ou quelque chose de différent.

Par exemple, s'il était dit que le bailleur pourrait, à son choix, prélever ou le montant de la prisée, ou le même nombre de bêtes qu'il a apporté, sans faire raison au preneur de ce qu'elles vaudraient de plus que lors du bail, cette convention serait manifestement injuste : car en prélevant ainsi en nature le nombre des bêtes qu'il a fournies, il aurait l'augmentation du prix survenue depuis le contrat sur le prix de ces bêtes, sans être exposé à souffrir, dans le cas contraire, la diminution du prix des bêtes, pouvant prendre la valeur entière de la prisée qui en a été faite lors du contrat.

28. La Thaumassière pense que toutes les clauses illicites, que nous venons de rapporter, ne le sont que dans les contrats de cheptel qui ne sont pas *cheptels de métairie*; mais que, dans les contrats *de cheptel de métairie* qui interviennent entre un propriétaire de métairie et son fermier, et qui font partie du bail à ferme de la métairie, le preneur n'est pas écouté à s'en plaindre, et qu'il est obligé de les exécuter; parce qu'on l'en doit présumer indemnisé par les conditions du bail à ferme de la métairie, le bailleur étant censé avoir pour cela affermé sa ferme pour un prix moindre que celui pour lequel il eût pu l'affermer.

Cet auteur dit l'avoir fait juger par une sentence du présidial de Bourges, infirmative de celle d'Issoudun, dans l'espèce d'une clause par laquelle le bailleur, dans le bail à ferme fait à son métayer, se réservait de prélever à la fin du bail, à son choix, ou la prisée, ou le même nombre de bêtes, sans faire raison de leur plus-value.

Suivant ce principe, il décide sur l'article onzième de sa Coutume, que le bail à cheptel, par lequel on fait supporter toute la perte au preneur, est valable, lorsqu'il fait partie du bail de la métairie.

Cette décision me paraît souffrir beaucoup de difficulté, surtout lorsqu'un fermier est un fermier portiaire, à qui, par le bail, on n'assigne que la part ordinaire qu'il est d'usage dans le pays d'assigner au fermier dans les fruits; car on ne peut pas dire, en ce cas, qu'il a été indemnisé du risque qu'on lui fait supporter.

A l'égard de la clause par laquelle le bailleur exigerait du preneur du beurre ou des fromages, il n'est pas douteux qu'elle n'est défendue que dans les baux à cheptel qui ne sont pas cheptels de métairie. La Coutume de Nivernais la permet bien formellement dans ceux qui se passent entre un maître de métairie et son métayer ou fermier; car après avoir dit en l'art. 4, que *les graisses, labeurs, laitages des bêtes appartiennent au preneur*, elle ajoute, *hormis en métairie, dont sera usé comme l'on a accoutumé, et qu'il sera convenu.*

29. La Thaumassière dit avoir vu mettre en question, si le contrat de cheptel était licite, par lequel un laboureur, après avoir vendu à un marchand un fonds de bétail pour une somme qui lui était payée comptant, prenait incontinent le même fonds de bétail à titre de cheptel du marchand, à qui il venait de le vendre. Des personnes, qui croient apercevoir de l'usure partout, pensaient que ces contrats renfermaient un prêt usuraire déguisé de la somme comptée par le marchand au laboureur, dont le marchand retirait les intérêts jusqu'à ce qu'il en fût payé, en la prélevant à la fin du bail, lors du partage de cheptel. Il a été jugé au contraire par un arrêt de 1615, que La Thaumassière rapporte, qu'il n'y avait rien d'illicite dans ce contrat. On ne peut pas dire qu'il contienne un prêt déguisé, puisque le marchand, qui a compté la somme, peut n'en avoir pas en entier la répétition, ce qui arriverait en cas de perte du cheptel.

ARTICLE IV.

Des obligations qui naissent du contrat de cheptel simple; et du droit de suite.

Par le contrat de cheptel, les parties contractent l'une envers l'autre des obligations réciproques. Nous traiterons, dans un premier paragraphe, de celles du bailleur; dans un second, de celles du preneur : nous traiterons, dans un troisième paragraphe, du droit de suite que les Coutumes accordent au bailleur.

§ I. DE L'OBLIGATION DU BAILLEUR DE FAIRE JOUIR LE PRENEUR.

30. Le bailleur, par le contrat de cheptel, contracte envers le preneur l'obligation de le faire jouir du cheptel pendant le temps que doit durer le bail.

Lorsque ce bail a été fait par un maître de métairie à son fermier ou métayer, le bail à cheptel est censé fait pour le temps que doit durer le bail de la métairie.

A l'égard des autres baux à cheptel simple, lorsque le temps que doit durer le bail n'a pas été exprimé, il est de trois ans, suivant l'article premier de la Coutume de Berry; et si, après l'expiration des trois années, quinze jours se

passent sans que l'une ni l'autre des parties demande le partage, il se fait, suivant ledit article, une tacite reconduction jusqu'au jour de Saint-Jean suivant.

31. Le bailleur n'est obligé de laisser jouir le preneur du cheptel, qu'autant que le preneur en jouit en bon père de famille. Si le bailleur était en état de justifier que le preneur en mésuse et le laisse dépérir, il pourrait demander la résolution du bail à cheptel, et la restitution de son cheptel, ensemble ses dommages et intérêts ; de même que tout conducteur doit être privé de la jouissance de la chose qui lui a été louée, lorsqu'il en mésuse.

32. L'obligation, que contracte le bailleur, de faire jouir du cheptel le preneur pendant le temps du bail, lorsqu'il n'en mésuse pas, non seulement l'empêche de le retirer avant la fin du bail, mais elle l'oblige encore à défendre le preneur contre les tiers qui apporteraient du trouble à sa jouissance. Le bailleur doit, à cet égard, la même garantie qu'un locateur doit au conducteur par le contrat de louage, et que nous avons expliquée dans notre Traité du contrat de louage, *part.* 2, *chap.* 1, *sect.* 2.

C'est pourquoi si un tiers se prétendant propriétaire des bestiaux que vous m'avez donnés à cheptel, a formé la demande contre moi pour que je les lui délaisse, je serai bien fondé à former contre vous l'action pour que vous soyez tenu de faire cesser le trouble, sinon condamné en mes dommages et intérêts. Cette action est l'action *præscriptis verbis*, qui naît de l'obligation, que vous avez contractée par le bail à cheptel, de me faire jouir.

Par la même raison, il n'est pas douteux que si les créanciers du bailleur avaient, pour les dettes du bailleur, saisi et exécuté les bêtes qu'il a baillées à cheptel, le preneur, troublé dans sa jouissance par cette saisie, aurait action contre le bailleur pour qu'il lui en rapportât mainlevée.

33. Mais c'est une question, si le preneur n'est pas fondé à former lui-même opposition à la saisie, et à demander que les bêtes ne puissent être vendues qu'à la charge par l'adjudicataire d'entretenir le bail à cheptel. Coquille, qui propose cette question à la fin de son Commentaire sur l'article 16 du *titre des Cheptels de la Coutume de Nivernais*, la décide pour l'affirmative. Sa raison est, que les créanciers du bailleur ne peuvent pas avoir plus de droit dans le cheptel que n'en a le bailleur leur débiteur : ils ne peuvent pas plus que le bailleur, par la saisie et la vente qu'ils en font, priver le preneur de la jouissance du cheptel pendant le temps du bail ; ce droit, qu'a le preneur de jouir du cheptel, étant, selon Coquille, un droit qu'a le preneur *in re ipsâ*.

Au contraire, La Thaumassière, en sa préface sur le *titre des Cheptels de la Coutume de Berry*, décide que les créanciers du bailleur peuvent, sans attendre la fin du bail, saisir et vendre les bêtes du cheptel qui appartiennent au bailleur leur débiteur, et que le preneur ne peut y former opposition que pour la part qu'il a dans les croîts et profits, s'il s'y en trouve alors ; sauf au preneur son action en dommages et intérêts contre son bailleur.

La raison de sa décision est, que le bailleur demeure propriétaire du cheptel ; que l'obligation, qu'il contracte envers le preneur de l'en faire jouir, n'est, de même que celle qui résulte d'un bail à loyer ou à ferme, qu'une obligation personnelle, laquelle, selon la nature des obligations personnelles, ne donne au preneur, envers qui elle est contractée, qu'une créance et une action personnelle contre le bailleur et ses héritiers, et ne lui donne aucun droit dans la chose qui fait l'objet de l'obligation. Le preneur n'ayant aucun droit dans le cheptel, ne peut donc être fondé à s'opposer à la saisie qui en est faite par les créanciers du bailleur à qui le cheptel appartient, ni en empêcher la vente. La décision de La Thaumassière me paraît plus conforme aux principes du droit.

Observez que si les bestiaux, qu'un laboureur tient à cheptel d'un étranger, se trouvaient dans une métairie que le laboureur tient à ferme, le propriétaire de la métairie serait bien fondé, dans nos provinces, à s'opposer à la saisie qu'en auraient faite les créanciers du bailleur, et à en demander la main-levée ; car ces bestiaux, qui garnissent la métairie, devant répondre des obligations du bail de la métairie, et d'ailleurs étant nécessaires pour son exploitation, le propriétaire de la métairie a droit d'empêcher qu'ils n'en soient déplacés.

34. Une seconde espèce d'obligation, que le bailleur contracte par le contrat de cheptel, est celle de partager avec le preneur ce qu'il y a à partager entre eux, soit après la fin du bail, soit même durant le bail. Nous remettons à en parler dans l'article suivant, où nous parlerons du partage du cheptel.

§ II. DES OBLIGATIONS DU PRENEUR.

Première espèce d'obligation du preneur.

35. Le preneur, par le contrat du cheptel, s'oblige d'apporter à la garde et au gouvernement du bétail qui lui est confié, le soin d'un bon père de famille.

C'est pourquoi si, par sa faute, ou par celle de ses pâtres, quelque bête du cheptel avait reçu quelque dommage, il serait tenu à cet égard des dommages et intérêts du bailleur.

L'espèce de faute dont il est tenu est la faute légère, comme dans le contrat de louage et dans celui de la société, le contrat de cheptel étant, de même que ces contrats, un contrat qui se fait pour l'intérêt réciproque des parties.

Seconde espèce d'obligation.

36. Le preneur ne doit divertir ni vendre aucune des bêtes du cheptel à l'insu et sans le consentement du bailleur. C'est ce qui lui est expressément défendu par l'article 7 de la Coutume de Berry, qui dit : « Les preneurs ne « peuvent vendre les bêtes par eux prises, soit « à cheptel, moitié ou autrement, si ce n'est du « vouloir ou consentement exprès du bailleur; et « s'ils font le contraire, sont amendables envers « justice, à la discrétion d'icelle, et sont aussi « tenus aux maîtres en tous leurs dommages et « intérêts. »

Cela a lieu, quand même les bêtes seraient vieilles, de manière qu'il fût de l'intérêt de la société qu'elles fussent vendues et remplacées; le preneur, même en ce cas, ne peut le faire que de concert avec le bailleur. Si le bailleur refusait d'en consentir la vente, le preneur devrait l'assigner pour la faire ordonner par le juge. Il pourrait même prétendre des dommages et intérêts contre le bailleur, si le bailleur, par son refus, avait laissé passer le temps de la vente.

S'il paraissait que, pendant un temps considérable, le maître a souffert que son métayer vendît les vieilles bêtes sans le consulter, je pense que le maître devrait être censé persévérer dans cette tolérance, jusqu'à ce qu'il le lui eût défendu expressément, et qu'en conséquence il ne devrait pas être écouté à faire casser le marché qui aurait été fait par son fermier seul.

37. Quoique cet article ne parle que des bêtes *prinses à cheptel*, c'est-à-dire, de celles qui composent le fonds du cheptel, néanmoins le preneur ne peut pas non plus vendre les croîts sans le consentement du bailleur, avant que le partage en ait été fait. La Thaumassière, sur l'article 3, atteste que c'est l'usage.

Mais si, après avoir pris dans les croîts les bêtes nécessaires pour remplacer ce qui manquait dans le fonds du cheptel, le surplus des croîts a été partagé entre le preneur et le bailleur, le preneur peut seul disposer, comme bon lui semble, des bêtes de croît qui lui seront échues pour sa part.

38. Le preneur ne peut pas non plus disposer des laines sans le consentement du bailleur, avant que le partage en ait été fait. Mais s'il a partagé les toisons avec le bailleur, il peut disposer de sa part comme bon lui semble.

39. Il est surtout défendu au preneur de tirer de la laine des bêtes avant le temps de la tonte. L'article 5 de la Coutume de Berry dit : « Le « preneur des bêtes à cheptel, moitié ou autre« ment, ne peut, avant le temps qu'elles doivent « être tondues, en tirer ne prendre aucunement « la laine, et attendra le temps qu'elles doivent « être tondues; et après qu'elles seront tondues, « partiront la laine également. »

L'article 6 ajoute : « Toutefois, si en autre « temps qu'à la saison qu'on a accoutumé tondre « les bêtes, était besoin, pour la santé et entre« tenement desdites bêtes, leur ôter et prendre « de la laine en aucuns endroits, lesdits preneurs « le pourront faire, en le dénonçant au bailleur. » On appelle ces laines *des écouailles*.

Ces dispositions de Coutume, qui n'étaient pas exactement observées par les chepteliers, ont été confirmées par des lettres patentes en forme de réglement, du mois d'août 1739, registrées en parlement, dont nous avons transcrit ici le dispositif. Il porte : *Voulons que les articles V et VI du titre XVII de la Coutume de Berry soient exécutés dans toute l'étendue des lieux régis par ladite Coutume; et en conséquence, faisons très-expresses inhibitions et défenses à tous fermiers, métayers, chepteliers, et autres preneurs de bêtes à laine, à moitié ou autrement, de prendre sur lesdites bêtes aucune laine avant le temps auquel elles doivent être tondues en entier, à peine contre chacun des contrevenans, de vingt livres d'amende, et de dix sous de dommages-intérêts envers le propriétaire, pour chaque bête en laine qui aura été tondue en contravention des présentes : leur faisons pareilles défenses, sous les mêmes peines, de s'attribuer par préciput aucunes laines sous le nom d'écouailles, ou sous quelque dénomination que ce puisse être, lesquelles seront partagées entre les preneurs et les bailleurs, ainsi que les autres laines, à proportion de la part que chacun y doit avoir : défendons aussi à tous preneurs de bêtes à laine, à moitié ou autrement, même aux propriétaires, de vendre ou exposer en vente aux marchés, foires, et dans les maisons particulières, aucunes écouailles avant le dix du mois de juin de chaque année, à peine de pareille amende que dessus, et de confiscation desdites écouailles au profit de l'hôpital le plus voisin, préalablement déduits les frais de saisie et exécution, et paiement des impositions de celui à qui lesdites écouailles se trouveront appartenir; auxquelles peines voulons pareillement que soient sujets et condamnés les drapiers, bonnetiers, cardeurs et autres fabricans ou traficans en laine chez qui sera trouvé des écouailles avant ledit temps, à moins qu'elles ne soient de l'année précédente, ou provenues des bêtes dont ils seraient eux-mêmes propriétaires. Ordon-*

nons qu'en cas que pour la santé et entretenement des bêtes à laine, il faille les tondre avant le temps ordinaire de la tonte, les preneurs ne puissent le faire qu'en le dénonçant au propriétaire, et de son consentement, à l'effet de partager entre eux lesdites laines tirées avant ledit temps, le tout sous les mêmes peines de vingt livres d'amende, et dix sous de dommages et intérêts par chaque bête à laine envers le propriétaire d'icelle. Si donnons en mandement, etc.

§ III. DU DROIT DE SUITE

40. Nous avons vu au paragraphe précédent, que la Coutume de Berry défendait au preneur de vendre et divertir, de quelque manière que ce soit, aucune bête du cheptel, sans le consentement exprès du bailleur. S'il le fait, la Coutume, en l'article 8, donne au bailleur le droit de suite, tant contre ceux qui auraient acheté ces bêtes, que contre ceux qui s'en trouveraient en possession. Voici ces termes : « Et pourra au « cas susdit le bailleur poursuivre lesdites bêtes, « et les faire arrêter sur l'acheteur; et lui seront « délivrées par provision, en baillant caution, en « faisant par lui apparoir sommairement qu'elles « lui appartiennent. Et néanmoins l'acheteur, « s'il est trouvé qu'il sût que lesdites bêtes « eussent été baillées à cheptel à celui qui les « lui aura vendues, sera puni selon droit et « raison. »

Ce droit de suite, qui est accordé par cet article au bailleur, est l'action de revendication qu'a par le droit le propriétaire d'une chose contre ceux qui s'en trouvent en possession.

Il paraît que les Coutumes considèrent le cheptel ordinaire sous le second point de vue sous lequel nous avons vu *suprà*, *n.* 4, qu'il pouvait être considéré; c'est-à-dire qu'elles considèrent le bailleur, dans le cas de ce cheptel, comme propriétaire, pour le total, du fonds du cheptel.

En conséquence, le droit de suite et revendication des bêtes vendues est accordé au bailleur par cet article indéfiniment et pour le total, et non pas seulement pour la moitié.

41. On a demandé si le bailleur avait le droit de suite pour les croîts que le preneur a vendus, comme il l'a pour les chefs qui font le fonds capital du cheptel. La Thaumassière, sur l'article 8, dit que le sentiment de Labbe était que le bailleur n'avait pas ce droit de suite pour les croîts, mais seulement pour les bêtes qui font le capital du cheptel, parce que l'article 8, qui donne ce droit de suite, doit s'entendre des bêtes dont il est parlé en l'article 7 qui le précède, et avec lequel il a une relation exprimée par ces termes : *Et pourra au cas susdit, etc.* Or les bêtes, dont il est question dans l'article 7, et que l'article 7 défend au preneur de vendre, sont les bêtes *par eux prinses à cheptel;* c'est-à-dire, selon Labbe, celles qui font le capital du cheptel : d'où il conclut que le droit de suite n'a lieu que pour ces bêtes. La Thaumassière, qui rapporte cette opinion de Labbe, nous apprend qu'elle n'a pas été suivie, et que ces termes de l'article 7, *par eux prinses à cheptel*, ont été entendus dans l'usage, non seulement des bêtes qui sont les chefs du cheptel, mais généralement de toutes celles qui le composent; et que, suivant l'usage constant de la province, il n'est pas plus permis au preneur de vendre les croîts que les chefs à l'insu du bailleur, qui a le droit de suite pour les uns comme pour les autres. L'opinion de Labbe doit être rejetée avec d'autant plus de raison, qu'elle serait souvent impossible dans la pratique, les croîts se confondant avec les chefs, de manière à ne pouvoir plus souvent les distinguer.

42. L'article 8, ci-dessus rapporté, ne limite point le temps dans lequel le bailleur peut exercer ce droit de suite. Ragueau et La Thaumassière disent qu'il peut l'exercer, même après plusieurs années : bien entendu, pourvu qu'il n'y ait aucune circonstance qui puisse faire présumer un consentement tacite.

Ledit article 8 dit, *pourra faire arrêter sur l'acheteur.* Il faut suppléer, *et sur quiconque s'en trouvera en possession,* car le droit de suite est une revendication que le bailleur fait de ses bêtes, comme à lui appartenantes, le preneur n'ayant pu, par la vente qu'il en a faite, le dépouiller de son droit de propriété. Or, suivant les principes du droit, la revendication s'exerce sur quiconque possède la chose revendiquée; *Inst. tit. de act. in princ.*

43. Il est à remarquer que, par cet article, la Coutume n'exige du bailleur qu'une justification sommaire et imparfaite de son droit sur les bêtes par lui revendiquées, pour qu'il puisse en obtenir la restitution provisoire, en donnant caution : ce qui a été introduit par une raison de faveur, contre la règle ordinaire qui s'observe à l'égard des demandes en revendication, dans lesquelles le demandeur n'obtient la restitution de la chose par lui revendiquée, qu'en définitif, après qu'il a pleinement justifié de son droit.

44. La Coutume, à la fin de cet article, ordonne que *s'il est trouvé que l'acheteur sût que les bêtes eussent été baillées à cheptel à celui qui les lui a vendues, il soit puni selon droit et raison;* car, en ce cas, l'acheteur est un recéleur du vol qu'a commis le preneur en vendant les bêtes du bailleur à son insu.

45. Le bailleur a le droit de suite, non seulement dans le cas d'une vente extrajudiciaire, faite de gré à gré, des bêtes du cheptel par le preneur à son insu, mais même dans le cas d'une vente judiciaire desdites bêtes, faite sur une saisie exécutoire des créanciers du preneur. Les Coutumes de Berry, *tit.* 17, *art.* 10, et de Nivernais, *tit.* 21, *art.* 16, lui accordent ce droit de suite. Voici les termes de l'article 10 de la Coutume de Berry : « Si avant le cheptel « payé, le preneur souffre que, par exécution « ou autrement, l'on vende les bêtes par lui « prinses, sans en avertir le bailleur; en ce cas, « ledit bailleur a droit de suite sur lesdites « bêtes, et les peut revendiquer comme à lui « appartenantes, nonobstant ladite vendication « faite par souffrance du preneur. Et en faisant « apparoir sommairement qu'elles lui appar- « tiennent, lui seront délivrées par provision, en « baillant caution, sans que ledit bailleur soit « tenu de payer aucuns frais de la nourriture « desdites bêtes; et n'est depuis qu'elles auront « été nourries aux dépens de l'acheteur de bonne « foi, jusqu'au temps qu'elles auront été ar- « rêtées par le bailleur; et sera le preneur, qui « a souffert ladite vente sans en avertir le « bailleur, amendable envers justice, et con- « damné aux dépens, dommages et intérêts du « bailleur. »

Celle de Nivernais dit en substance les mêmes choses.

46. Ces Coutumes disent, *si avant le cheptel payé* : car si le preneur, qui avait droit de demander sa part des profits du croît des laines, avait, pendant un certain temps, laissé le bailleur prélever tous les profits, de manière que le bailleur se trouvât par là payé, et rempli de la prisée du cheptel, le bailleur n'ayant plus rien à prélever, et le cheptel appartenant *æquo jure* au bailleur et au preneur, pour chacun moitié, les créanciers du preneur auraient droit, en ce cas, de saisir et exécuter le cheptel pour la moitié qui en appartient au preneur leur débiteur, sans néanmoins pouvoir procéder à la vente qu'après avoir fait régler le partage des bestiaux avec le bailleur.

Si le cheptel était un cheptel de métairie, intervenu entre le seigneur de métairie et son métayer, le bailleur, quoique rempli de la prisée du cheptel par les profits qu'il a prélevés, pourrait, en sa qualité de seigneur de métairie, s'opposer à la saisie qui serait faite par les créanciers du preneur, de la part appartenante au preneur leur débiteur; car en sa qualité de seigneur de métairie, il a droit d'empêcher que les bestiaux, qui servent à l'exploitation de sa métairie, n'en soient divertis.

47. Ces Coutumes n'obligent point le bailleur à rendre à celui qui s'est rendu de bonne foi adjudicataire des bêtes du cheptel, le prix qu'il a baillé pour son adjudication. L'adjudicataire évincé par le bailleur n'a pour se faire rendre le prix qu'il a payé, d'autre voie que celle de se pourvoir contre le saisissant, qui a touché ce prix, ou contre le preneur. Les Coutumes n'obligent le bailleur à autre chose qu'à rendre à l'acheteur de bonne foi les frais qu'il a faits pour la nourriture des bêtes.

Si cet adjudicataire avait retiré quelque profit de ces bêtes, les frais de nourriture ne lui seraient dus que sous la déduction du profit qu'il en aurait retiré.

Si le profit, que l'adjudicataire en a retiré, excédait les frais de nourriture, cet adjudicataire n'aurait, à la vérité, aucuns frais de nourriture à répéter; mais il ne serait pas tenu de rien rendre du profit qu'il aurait perçu : car un possesseur de bonne foi n'est pas tenu à la restitution des fruits, pendant qu'il a été possesseur de bonne foi. Le bailleur n'aurait, à cet égard, que des dommages et intérêts à prétendre contre le preneur, qui a laissé vendre les bêtes sans l'avertir.

Suivant cet article, l'adjudicataire de bonne foi ayant été mis, par la demande ou saisie du bailleur, en demeure de restituer les bêtes, ne peut pas répéter les frais de nourritures qu'il leur a fournies, depuis qu'elles ont été arrêtées par le bailleur.

48. Ces Coutumes ayant accordé au bailleur le droit de suite des bêtes de son cheptel, même sur ceux qui s'en sont rendus adjudicataires sur une vente judiciaire, sans obliger le bailleur à leur rendre le prix, c'est une conséquence que, dans ces Coutumes, le bailleur doit avoir le même droit à l'égard des acheteurs qui ont acheté de bonne foi en foire les bêtes de son cheptel; car il ne peut y avoir de vente plus favorable et plus authentique que la vente judiciaire; *nec enim facilè convelli debet judicialis hastæ fides*. Si donc la vente judiciaire ne met pas l'acheteur à couvert du droit de suite, les marchés faits en foire, quelque favorables qu'ils soient, ne peuvent mettre à couvert ceux qui ont acheté en foire. Coquille, sur l'article 16, est néanmoins d'avis contraire; mais son opinion n'a pas été suivie, au moins dans le Berry. La Thaumassière, *cent.* 11, *chap.* 48, rapporte plusieurs jugemens, qui établissent que la jurisprudence y est constante, d'admettre le bailleur à revendiquer les bêtes de son cheptel contre un acheteur qui les a achetées de bonne foi et en foire, sans l'obliger à rendre à cet acheteur le prix qu'elles lui ont coûté.

49. Dans les Coutumes qui n'ont pas, comme celles de Berry et de Nivernais, une disposition

expresse qui accorde au bailleur propriétaire du cheptel, le droit de suivre et de revendiquer les bêtes de son cheptel, lorsque les bêtes ont été saisies et vendues par les créanciers du preneur, le bailleur peut bien, jusqu'à la vente, s'opposer à la saisie, et obtenir la récréance de ses bêtes : mais j'aurais peine à croire que n'ayant pas formé d'opposition, il pût, après la vente, les suivre et revendiquer sur l'acheteur judiciaire : *nec enim convelli debet judicialis hastæ fides*.

50. Il y a plus de difficulté à l'égard des bêtes qui ont été achetées de bonne foi, surtout lorsque c'est en foire ou marché public. Plusieurs prétendent que le propriétaire des choses dérobées, tel qu'est dans notre espèce le bailleur du cheptel, ne peut su les faire rendre par un tel acheteur, qu'en lui rendont le prix qu'il a payé.

Cette opinion est ancienne : elle a été suivie par les Coutumes de Beauvoisis, rédigées par Philippe de Beaumanoir, en 1283. Il y est dit ou chapitre 25 : « Se chil qui a la chose l'achète « el marchié quemun........ en cel cas, chil « qui poursuit sa chose que il perdit, ou qui li « fut emblée, ne la raura pas, se il ne rend « l'argent que li acheteures en paya; car puis- « qu'il l'acheta sans fraude et en marchié, il ne « doit pas recevoir la perte de son argent pour « autrui meffait. Mais s'il l'avait achetée hors « du marchié par mendre prix que la chose « ne vaurait, le tiers on la moitié, et il ne « pouvait trouver son garant, li demandierres « rauroit sa chose sans l'argent de la vente « payer, parceque l'en doit avoir grand pré- « somption contre cheus qui ainssiut acha- « tent. »

Cette opinion a été pareillement suivie par les Coutumes de Toulouse, rédigées par écrit en latin, en 1285. Il y est dit au titre *de emptione venditione*, art. 3 : *Est usus et consuetudo Tolosæ, quòd si aliquis emerit res mobiles in Tolosâ in carreriâ*[1] *publicâ vel foro....... quòd emptor debet recuperare pretium ab illo cujus res est, et qui petit rem, quamvis res sit furtiva.*

Cette opinion a été suivie par Godefrey, en ses notes sur la loi 2, *Cod. de furt.*; par Coquille, sur l'article 16 du titre des cheptels de la Coutume de Nivernais; par Brodeau, sur l'article 176 de la Coutume de Paris, et par plusieurs autres.

Soefve, *cent.* 2, *chap.* 96, rapporte un arrêt du 9 décembre 1690, confirmatif d'une sentence du châtelet, qui a condamné le propriétaire d'un diamant, à rendre à l'orfèvre qui l'avait acheté de bonne foi dans sa boutique, le prix qu'il l'avait acheté. Il observe qu'il fut rendu contre les conclusions de M. Bignon.

Les moyens, sur lesquels on se fonde pour autoriser l'acheteur de bonne foi à exiger la restitution du prix qu'il a payé, du propriétaire qui réclame sa chose, sont 1° la bonne foi de l'acheteur, qui ne doit pas souffrir du vol qui a été fait de cette chose, auquel il n'a pas de part, ni par conséquent perdre le prix qu'il a payé.

C'est la seule raison sur laquelle paraissent se fonder les Coutumes de Beauvoisis, suivant qu'il résulte du texte que nous en venons de rapporter. Cette raison n'étant pas suffisante, comme nous le verrons *infrà*, d'autres y ajoutent celle-ci, savoir, que celui, qui a acheté en foire une chose dérobée, a procuré, en l'achetant, au propriétaire, la faculté de la recouvrer; parce que si le voleur n'eût pas trouvé à la vendre, il l'aurait menée plus loin, où il aurait été beaucoup plus difficile, et souvent impossible au propriétaire de la recouvrer. Or, dit-on, cette faculté est quelque chose d'appréciable, et elle devient, lorsqu'elle est réduite à l'acte, de la valeur de la chose même. La propriété d'une chose, que conserve celui qui l'a perdue, ou à qui elle a été dérobée, est quelque chose qui est de nulle valeur, si elle n'est jointe à la faculté de la recouvrer. Si donc on m'a dérobé une chose de la valeur de dix écus, je souffre une diminution de dix écus dans mes biens, tant que je n'ai pas la faculté de la recouvrer : celui, qui me procure cette faculté, fait entrer dans mes biens cette valeur de dix écus, il m'enrichit de dix écus. Mais comme, en me procurant la faculté de recouvrer ma chose par l'achat qu'il en a fait, il lui en a coûté quelque chose, savoir, le prix qu'il a payé pour l'achat, je dois lui rendre ce prix, l'équité ne permettant pas que je sois enrichi à ses dépens : *Jure naturæ æquum est neminem cum alterius detrimento locupletari; l.* 206, *ff. de reg. jur.*

En cela, dit-on, les choses mobilières sont différentes des héritages. Lorsqu'un propriétaire revendique son héritage sur un acheteur de bonne foi, qui s'en trouve en possession, il n'est pas obligé de lui rendre le prix de son achat; car mon héritage, dont j'ai perdu la possession, ne pouvant changer de place, on ne peut pas de même dire que l'achat, que quelqu'un en a fait, m'a procuré, ni même facilité le moins du monde la faculté de le recouvrer.

On tire aussi argument, pour cette opinion, de la loi 6, *ff. de capt.*, où il est dit que celui, qui avait racheté des barbares une captive, de-

[1] CARRERIA, *est via lata per quam currus transire possunt.*

vait être remboursé du prix du rachat par le fisc, à qui cette captive appartenait et devait être rendue, ayant été condamnée, avant sa captivité, à travailler à perpétuité aux ouvrages publics.

Enfin, on fonde cette opinion sur la faveur des foires. Cette faveur, dit-on, doit pour y attirer un grand concours de vendeurs et d'acheteurs, procurer au commerce qui s'y fait toutes les sûretés possibles : et par conséquent les acheteurs doivent être assurés qu'en cas de réclamation des marchandises qu'ils y auront achetées, par ceux qui s'en prétendraient propriétaires, ils ne perdront pas le prix qu'ils auront payé, et qu'ils ne seront tenus de les rendre, si en ne leur rend ce prix.

L'opinion contraire de ceux qui tiennent que le propriétaire peut revendiquer la chose, sans rendre le prix qu'elle a coûté au possesseur, quoiqu'il l'ait achetée de bonne foi, et en foire ou marché public, a aussi beaucoup de sectateurs. L'ancienne Coutume de Bretagne, *art.* 199, a suivi cette opinion. Il y est dit : « Et posé qu'il « les eût achetées en foire ou marché, si celui, « qui aurait égaré ou perdu les marchandises, « les pouvait prouver siennes, il les aurait ; et « perdrait l'acheteur ce qu'il aurait mis, sauf « son recours sur celui qui les aurait vendues. »

Cette opinion est fondée sur plusieurs lois. La loi 2, *Cod. de furt.*, dit : ***Incivilem rem desideras ut agnitas res furtivas non priùs reddatis quàm pretium fuerit solutum à dominis.*** La loi 23, *Cod. de rei vindic.*, dit pareillement : ***Si mancipium tuum per vim vel furtum ablatum alii ex nullâ justâ causâ distraxerunt, vindicanti tibi dominium, solvendi pretii nulla necessitas irrogetur.*** Ces lois sont dans l'espèce d'un acheteur de bonne foi ; car si l'acheteur eût été de mauvaise foi, il n'y aurait pas eu lieu à le question sur laquelle ont été consultés les empereurs. Elles décident en termes généraux, que cet acheteur n'est pas fondé à prétendre que le propriétaire, qui revendique sa chose, doive lui rendre le prix, sans distinguer où il l'a achetée, si c'est dans une foire ou marché public, ou ailleurs.

La justice de la décision de ces lois est évidente. Le droit de propriété, que je conserve de la chose qui m'a été dérobée, renferme essentiellement le droit de la revendiquer partout où je la trouve, et de me la faire rendre par celui qui s'en trouve être le possesseur : et la loi naturelle, qui ne permet pas de retenir sciemment le bien d'autrui, oblige ce possesseur de me la rendre lorsque je lui ai fait connaître qu'elle m'appartenait. Au contraire, on ne peut assigner aucune cause d'où pourrait naître de ma part l'obligation de rendre au possesseur le prix qu'il a payé de ma chose à celui qui la lui a vendue : il n'est intervenu entre nous aucun contrat ni quasi-contrat d'où pourrait naître cette obligation. Le paiement qu'il a fait indûment de ce prix à celui qui lui a vendu ma chose, est un fait qui ne peut obliger à la restitution de ce prix, que celui qui l'a reçu indûment, mais qui ne peut pas m'y obliger, parce que c'est un fait qui m'est absolument étranger.

Il est facile de répondre aux moyens allégués pour la première opinion. A l'égard du premier, qui consiste à dire que l'acheteur ne doit pas perdre la somme qu'il a payée, parce qu'il n'est pas juste qu'il souffre du vol de cette chose, auquel il n'a pas eu de part, la réponse est, que s'il ne doit pas souffrir du vol qui m'a été fait, auquel il n'a pas eu de part, je ne dois pas non plus souffrir de la vente qui lui a été faite indûment de ma chose, ni du paiement qu'il a fait mal à propos du prix à celui qui la lui a vendue. Or, si j'étais obligé de lui rendre ce prix, c'est moi qui souffrirais de cette vente, et du paiement qu'il a fait mal à propos ; choses dont je ne dois pas souffrir, n'y ayant pas eu de part. Au contraire, on ne peut pas dire qu'en ne lui rendant pas le prix, je le fais souffrir du vol qui m'a été fait ; car ce n'est pas le vol, mais c'est l'achat qu'il a fait de la chose volée, et le paiement qu'il a fait mal à propos, qui lui ont fait souffrir la perte de la somme d'argent qu'il a payée ; et bien loin que ce soit moi qui lui aie fait souffrir cette perte, c'est lui-même qui se l'est procurée par son propre fait, par le paiement qu'il a fait mal à propos.

Dans les demandes en revendication d'héritages, jamais un acheteur de bonne foi ne s'est avisé de prétendre que le demandeur, qui a justifié de son droit de propriété, dût, pour lui faire délaisser cet héritage, lui restituer le prix qu'il a payé. Pourquoi l'acheteur d'une chose mobilière aurait-il plus de droit ?

A l'égard du second moyen, qui consiste à dire que le voleur eût emmené la chose plus loin, si elle n'eût pas été achetée ; que l'acheteur par l'achat qu'il en a fait, ayant procuré au propriétaire la faculté de la recouvrer, le propriétaire doit le rembourser de ce qu'il lui en a coûté pour cet achat, ce raisonnement pèche par le principe. Il est faux que ce soit l'achat que l'acheteur a fait de la chose qui m'a été volée, qui m'ait procuré la faculté de la recouvrer : j'avais cette faculté avant l'achat, et indépendamment de l'achat qu'il en a fait, puisque je pouvais la revendiquer entre les mains du voleur, ou de telle autre personne que ce soit qui la lui a vendue, de même qu'entre les siennes ; c'est une chose très incertaine où

le voleur eût porté la chose, si elle n'eût pas été achetée. On ne peut donc pas assurer qu'il l'eût portée dans un lieu si éloigné, qu'il m'eût été très difficile, ou même impossible de l'y suivre; ce ne serait tout au plus qu'une conjecture, qui ne suffit pas pour fonder l'acheteur à répéter de moi le prix que ma chose lui a coûté.

Il en est autrement du cas auquel quelqu'un aurait racheté ma chose, qui avait été prise par des ennemis ou par des barbares. Il n'a fait, en la rachetant, que ce que j'eusse été obligé de faire moi-même pour la recouvrer; car j'eusse été moi-même obligé de la racheter de ces ennemis ou barbares, contre lesquels je n'avais pas d'action pour la revendiquer. Il est donc juste que je rende le prix du rachat à celui qui l'a rachetée. Cela répond au troisième moyen, tiré de la loi 6, ff. *de cap. et postlim.*, et fait connaître la disparité entre le cas de cette loi, et celui de la question que nous traitons.

A l'égard de l'argument tiré de la faveur des foires, et de la sûreté qu'on doit procurer au commerce qui s'y fait, la réponse est, que cette sûreté ne concerne que le libre accès qu'on doit procurer aux marchands pour venir à la foire avec leurs marchandises, et pour s'en retourner; la prompte expédition des contestations qui pourraient s'élever sur les marchés qui s'y font, etc. Mais cette sûreté ne doit pas aller jusqu'au point de dispenser ceux, qui ont acheté dans la foire des choses volées, de les rendre au propriétaire, s'il ne leur rend le prix qu'elles leur ont coûté. C'est la réponse que donne Menoch. *præsumpt.* *V.* 29, 12. ***Nundinæ sunt tutæ quoad accessum et recessum, et ne quis aliquâ in eis molestiâ afficiatur, non tamen in eo sunt privilegiatæ, ut mercator non debeat cautè negotiari.***

La faveur des foires n'est donc pas suffisante pour dispenser les acheteurs des choses volées de les rendre, si on ne leur rend le prix : il faudrait une loi précise qui les en dispensât. Bien plus : plusieurs canonistes pensent que, même dans les lieux où il y aurait une loi qui autoriserait expressément ceux qui ont acheté en foire de bonne foi des choses volées, à s'en faire rendre le prix par les propriétaires des choses volées, ces acheteurs ne pourroient pas en conscience exiger des propriétaires cette restitution du prix, parce que ces lois étant contraires à la loi naturelle, qui défend de retenir le bien d'autrui, elles ne doivent pas être suivies dans le for de la conscience. C'est le sentiment d'Hostiensis, *de pœnit. et remiss.*; d'Aufrerius, *q.* 151, qui le décide ainsi à l'égard de l'art. 3 de la Coutume de Toulouse, qui a été ci-dessus rapporté.

Enfin, nous apprenons de M. de Cambolas, 11, 5, que le parlement de Toulouse, après avoir jugé conformément à sa Coutume, par arrêt du 7 mai 1594, rendu à son rapport, en a depuis reconnu l'iniquité, et a jugé le contraire par arrêt du 7 mai 1623.

51. Il nous reste une question, de savoir si le bailleur, après que les bêtes de son cheptel vendues à son insu ne sont plus extantes, a encore action pour en demander le prix à l'acheteur qui en a profité. La Thaumassière, *cent.* 11, *chap.* 48, tient l'affirmative, et rapporte un jugement qui a condamné un boucher à rendre à un particulier le prix d'une vache de son cheptel, quoiqu'il y eût trois ans que ce boucher l'eût achetée, et qu'il l'eût consommée.

Le même auteur, en son recueil des décisions, *liv.* 4, *chap.* 22, étend cette décision, même au cas auquel le boucher aurait été acheteur de bonne foi; et rapporte pour son opinion un jugement du présidial de Bourges.

Je pense, au contraire, que le boucher qui a acheté, tué et débité la bête, ne doit être condamné à en restituer le prix au bailleur que dans le cas auquel il aurait été acquéreur de mauvaise foi, ayant eu connaissance que la vache était une vache de cheptel, que le preneur vendait à l'insu du bailleur. Dans cette supposition, il était sujet à revendication du bailleur; car la revendication d'une chose a lieu, non seulement contre celui qui la possède, mais aussi contre celui qui, par dol, a cessé de la posséder; *l.* 36, ff. *de rei vindic.* Or ce boucher qui, au lieu de restituer la vache au bailleur, à qui il savait qu'elle appartenait, l'a tuée et débitée, a cessé par dol de la posséder; il est par conséquent sujet à l'action de revendication du bailleur à qui la vache appartenait; et faute par ce boucher de pouvoir la lui représenter, il doit être condamné à lui en payer le prix.

Il n'en est pas de même d'un acheteur de bonne foi, qui ignorait que les bêtes, qu'il a achetées, fussent des bêtes de cheptel. Lorsqu'il a cessé de les posséder, soit en les vendant, soit en les consommant, il ne reste au bailleur aucune action contre lui : il ne peut avoir contre lui l'action de revendication, qui n'a lieu que contre les possesseurs, ou contre celui qui a cessé par dol de posséder. Or, on ne peut pas dire que cet acheteur a cessé par dol de posséder les bêtes, puisqu'on le suppose acheteur de bonne foi. Le bailleur ne peut avoir non plus aucune action personnelle contre cet acheteur de bonne foi, pour la restitution du prix de ces bêtes; car les actions personnelles naissent d'une obligation : mais d'où naîtrait cette obligation en la personne de cet acheteur? Il n'est intervenu aucun contrat ni quasi-contrat, ni délit ni quasi-délit d'où elle puisse naître; et on ne peut pas dire qu'elle naît de cette règle de l'équité naturelle, qui ne permet pas de s'enrichir aux dépens d'autrui;

car on ne peut pas dire que l'acheteur de bonne foi, en revendant ou consommant les bêtes de votre cheptel, qu'il ignorait vous appartenir, se soit enrichi à vos dépens, puisqu'il en avait payé le prix.

ARTICLE V.

Du partage du cheptel.

52. Le bailleur et le preneur, par le contrat de cheptel, contractent l'un envers l'autre, pour le partage du cheptel, des obligations respectives. Le preneur contracte l'obligation de représenter toutes les bêtes qui composent le cheptel, pour en faire le partage; ou lorsque, par sa faute, il ne peut en représenter quelqu'une, il est obligé de faire raison du prix qu'elles vaudraient, si elles ne fussent pas mortes, ou n'eussent pas été perdues par sa faute.

Lorsqu'elles sont mortes de maladie, ou qu'elles ont été ravies par quelque accident de force majeure, que le preneur n'a pu empêcher, le preneur est déchargé de cette obligation.

De là naît la question, si, dans l'incertitude de la cause de la mort des bêtes, c'est le preneur qui doit justifier la maladie ou autre accident de force majeure qui a causé cette mort; ou si c'est, au contraire, le bailleur qui doit établir que les bêtes sont péries par la négligence du preneur. La Thaumassière, *cent.* 11, *art* 47, pense que c'est le preneur qui doit être chargé de la preuve, et que pour être déchargé de son obligation, il ne suffit pas qu'il représente les peaux des bêtes.

Pareillement, si quelqu'une des bêtes était estropiée, ou autrement détériorée, le preneur, suivant le sentiment de La Thaumassière, doit justifier de l'accident de force majeure, par lequel il prétendrait que cette détérioration est arrivée; sinon, suivant le principe de cet auteur, elle doit être présumée arrivée par sa faute, et il en doit faire raison au bailleur.

Ce sentiment de La Thaumassière est conforme à celui de Coquille, sur l'*art.* 3 de Nivernais; d'Auroux et des autres commentaires par lui cités, sur l'*art.* 54 de Bourbonnais. Néanmoins j'ai été informé par des magistrats très éclairés de la province du Berry, que l'usage de la province était, que si le bailleur n'était pas en état de faire la preuve de la faute et de la négligence du preneur, les bêtes devaient être présumées mortes par maladie, ou autre accident allégué par le preneur, lequel en conséquence était déchargé de les représenter, en représentant leurs peaux. Cette présomption est fondée sur ce que le cas de maladie est le cas le plus ordinaire de la perte des bestiaux, et que les preneurs ayant un grand intérêt à la conservation des bêtes, par rapport à la part qu'ils ont dans le profit et la perte du cheptel, le cas de négligence des preneurs doit être un cas très rare.

53. Enfin le preneur s'oblige, dans le cas auquel, lors du partage, il se trouverait de la perte sur le cheptel, d'en supporter la perte pour moitié, et de faire raison de cette moitié.

Réciproquement le bailleur s'oblige, dans le cas contraire, auquel, lors du partage, il se trouverait du profit sur le cheptel, d'en faire part pour moitié au preneur.

54. Ce partage peut être demandé, soit par le preneur au bailleur, soit par le bailleur au preneur : chacune des parties a le droit de l'exiger de l'autre; c'est ce qui parait avoir fait donner à ce partage le nom d'*exig, quasi ab exigendis rationibus.*

Ragueau, dans son Indice, donne une autre étymologie : *Romani rustici*, dit-il, *pecudes exigere dicebant, quùm è stabulis educebant; eductis pecudibus solvitur societas quæ de pecore pascendo in commune contracta est.*

Pour que l'une et l'autre des parties puisse exiger de l'autre le partage du cheptel, il faut qu'elle attende la fin du temps que doit durer le bail à cheptel. (*Voyez* quel est ce temps, *suprà, art.* 4, § 1.) Elle ne peut pas l'exiger toutes fois et quantes bon lui semblera, à moins qu'il n'y ait par le bail une clause expresse qui le permît. Coquille, sur l'*art.* 9 de la Coutume de Nevers, et en la 85ᵉ de ses questions, pense que cette clause n'est licite et valable que lorsqu'elle est réciproque. La Thaumassière, *cent.* 11, *chap.* 44, prétend, au contraire, que la clause, par laquelle le bailleur stipule la faculté d'exiger le partage toutefois et quantes bon lui semblera, est valable, quoiqu'elle ne soit pas réciproque, et que pareille faculté ne soit pas accordée au preneur; il observe même que, dans sa province, de son temps, elle se trouvait dans presque tous les baux à cheptel.

Cette décision de La Thaumassière ne peut souffrir de difficulté à l'égard des cheptels qui font partie d'un bail de métairie : mais dans un bail fait par un étranger à un laboureur, cette clause pourrait souffrir difficulté, si l'avantage, qui résulte de cette clause au bailleur, n'était pas compensé par quelque autre avantage qui fût fait au preneur, et qu'on ne lui accordât par le bail que ce qu'il doit avoir, suivant la nature de ce contrat.

Cette clause, que le bailleur pourra exiger et demander le partage du cheptel toutes fois et quantes il voudra, doit s'interpréter *civiliter*, c'est-à-dire, de manière néanmoins qu'il le demande *tempore opportuno :* c'est pourquoi le bailleur ne pourrait, en vertu de cette clause,

sans un juste sujet, l'exiger dans le fort des moissons ou des labourages. C'est la remarque que font Coquille, sur l'article 9 du titre 21 de Nivernais, et Aureux, sur l'article 553 de Bourbonnais. Ce dernier cite un arrêt du 16 juillet 1622, qui a jugé dans sa Coutume, que le bailleur ne peuvait, en vertu de cette clause, exiger qu'à la Saint-Martin d'hiver.

55. Il y a une forme particulière de procéder au partage du cheptel, prescrite par les Coutumes de Berry, de Bourbonnais et de Nivernais. L'article 4 de celle de Berry dit : « En cheptel, « celui qui veut exiger après le temps conven- « tionnel ou de la Coutume passé, et qui demande « partage, soit le bailleur ou le preneur, doit « estimer et priser les bêtes; selon icelle prisée, « pourra celui lequel on somme d'exiger, retenir « lesdites bêtes, ou les laisser pour ledit prix à « celui qui les a estimées, dedans la huitaine « ensuivant, lequel priseur, où lesdites bêtes « seront laissées pour ledit prix, sera tenu payer « comptant; à savoir, si le preneur les a prises, « et lui demeurent, de payer ledit dreit de « cheptel au bailleur, et la moitié de ce que « montera ladite prisée, outre ledit dreit de « cheptel; et si elles demeurent au bailleur, sera « tenu icelui bailleur déduire son dreit de chep- « tel, et s'il y a gain, bailler la moitié d'icelui « au preneur. »

Supposons, par exemple, que le bailleur a fourni au preneur un cheptel ou fonds de bestiaux, qui, par la prisée qui en a été faite lors du bail, s'est trouvé de valeur de 1,200 livres. Si, à la fin du temps du cheptel, l'une des parties, *putà*, le preneur qui aura provoqué l'autre à partage, estime le cheptel, en l'état qu'il se trouve alors, valeir 2,000 livres, le bailleur a le choix de le prendre pour ce prix. S'il n'en veut point pour ce prix, il demeure au preneur pour ce prix qu'il y a porté; et le preneur est en conséquence tenu de payer comptant au bailleur, 1° 1,200 livres pour la prisée du cheptel qu'il a fourni, que le bailleur a dreit de prélever; 2° 400 livres pour la moitié de celle de 800 liv. qui se trouvent de profit sur le cheptel. Si, au contraire, le bailleur choisit de prendre le cheptel pour le prix de 2,000 livres, auquel il a été porté, il retiendra sur cette somme les 1,200 livres qu'il a droit de prélever, et il devra seulement payer au preneur la somme de 400 livres pour la moitié que le preneur doit aveir dans le profit.

Le motif des Coutumes qui ont prescrit cette forme, a été de procurer l'égalité par une estimation juste. La partie, qui fait l'estimation, a intérêt de la faire juste, ayant lieu de craindre que si elle la faisait trop faible, l'autre partie ne prît le cheptel pour cette estimation; et qu'au contraire, si elle la faisait trop forte, l'autre partie ne lui laissât le cheptel pour cette estimation.

Cette manière de partager le cheptel est très bonne, lorsque les parties sont l'une et l'autre bien en argent comptant. Mais comme il arrive très souvent que l'une des parties en est dépourvue, elle a un très grand inconvénient, et elle donne un grand avantage à celui qui a de l'argent, sur la partie qui en est dépourvue; car celui, qui a de l'argent, en faisant une estimation du cheptel, quoique beaucoup au-dessous du juste prix, forcera l'autre partie, qui ne pourra le prendre, n'ayant pas d'argent pour le payer, à le lui laisser pour ce prix inique. C'est pourquoi cette manière de procéder au partage du cheptel, prescrite par les Coutumes, ne me paraît pas devoir être adoptée hors de leur territoire. On a même mis en question si, dans la Coutume de Berry, la disposition de la Coutume, qui prescrit cette forme de procéder au partage, ne devrait pas souffrir exception à l'égard des cheptels de métairie. Le bailleur propriétaire de métairie disait, que si on suivait pour le partage de ces cheptels la forme prescrite par la Coutume, il arriverait souvent que les métairies seraient dégarnies de bestiaux, ou que les propriétaires, pour les conserver, seraient obligés de les porter à un prix au-dessus de leur valeur. Car si c'est le propriétaire qui provoque au partage à la fin d'un bail, et qui fait l'estimation du cheptel, s'il ne la fait qu'au juste prix, le fermier sortant, par dépit, et pour dégarnir la métairie, prendra le cheptel pour ce prix. Au contraire, si c'est le fermier qui fait l'estimation, il la portera à un prix beaucoup au-dessus du juste prix; et le propriétaire, qui a intérêt de conserver le cheptel dans sa métairie, pour ne la pas dégarnir, et parce que les bêtes y ont été élevées, se trouvera forcé de les prendre pour ce prix, quoique inique, et beaucoup au-dessus du juste prix.

Quoique ces raisons paraissent très bonnes, néanmoins La Thaumassière, *cent.* 11, *chap.* 45, rapporte une sentence de la conservation de Bourges, qui a jugé que la forme de procéder au partage des cheptels, prescrite par la Coutume, aurait lieu à l'égard des cheptels de métairie, de même qu'à l'égard des autres.

Mais les parties peuvent, par une clause du bail, déroger à cette disposition de la Coutume, et convenir que la prisée se fera par des experts que les parties choisiront. La Thaumassière, au lieu cité, conseille aux propriétaires de ne pas manquer de faire apposer cette clause dans leurs baux.

M. Aureux des Pommiers, dans son Commentaire sur l'article 553 de la Coutume de Bour-

bonnais, qui est semblable à l'article de la Coutume de Berry ci-dessus rapporté, nous apprend que cette disposition de sa Coutume n'est plus en usage dans le Bourbonnais, surtout à l'égard des cheptels de métairie, et que l'usage de cette province est aujourd'hui, qu'à la fin du bail, pour parvenir au partage du cheptel, on fait une nouvelle prisée ou estimation par des experts convenus entre les parties, de chacune des bêtes qui composent le cheptel. Cette prisée étant faite, le bailleur doit prélever le même nombre de bêtes de chaque espèce qu'il a fourni pour composer le cheptel; sauf que si, par la nouvelle prisée qui en a été faite, elles se trouvent améliorées, et d'un plus grand prix que lors du bail, il doit faire raison au preneur de la moitié de l'augmentation du prix; et au contraire, si, suivant la nouvelle prisée, les bêtes se trouvaient de moindre prix que lors du bail, le preneur doit lui faire raison de la moitié de ce qui s'en manque : le surplus, qui est le croit du cheptel, se partage en deux lots entre le bailleur et le preneur. Si le nombre des bêtes de quelque espèce se trouve moindre qu'il n'était par le bail, le preneur doit faire raison de la moitié du prix de celles qui se trouvent de manque, suivant la prisée faite lors du bail.

Cet usage de la province de Bourbonnais, suivant lequel le bailleur peut, lors du partage du cheptel, prélever, de la manière ci-dessus dite, le même nombre de bêtes de chaque espèce qu'il a donné par le bail, a été confirmé par un arrêt du 20 août 1716. M. Auroux, au profit de qui il a été rendu, le rapporte à la fin de son Commentaire.

Cet usage me paraît très-régulier, et conforme à la nature du contrat de cheptel, considéré selon le second point de vue que nous avons exposé *suprà*, *n.* 4, et qui est celui sous lequel il est ordinairement considéré. Dans le contrat de cheptel, considéré sous ce point de vue, le bailleur, qui donne des bêtes à cheptel, en demeure le propriétaire : il n'accorde de part au preneur que dans les croits et profits du cheptel, à la charge que le preneur se chargera réciproquement de la perte pour une pareille part : il est donc juste que, lors du partage du cheptel, le bailleur prélève les bêtes qu'il a données à cheptel, dont il est toujours demeuré seul propriétaire, ou celles qui leur ont été substituées, et qui les représentent, à la charge de faire raison au preneur de la moitié du profit, s'il y en a.

Lorsque le bail ayant duré long-temps, et le cheptel ayant beaucoup fructifié, les mêmes bêtes d'une certaine espèce qui ont été données à cheptel, ne se trouvent plus, et qu'il s'en trouve un beaucoup plus grand nombre de cette espèce, que celui porté par le bail; le bailleur doit, à la vérité, selon le principe d'Auroux, avoir le droit de prendre, parmi les bêtes de cette espèce, un nombre de bêtes pareil à celui porté par le bail, pour les remplacer. Mais aura-t-il le choix de prendre les meilleures, en offrant de tenir compte au preneur de la moitié de ce qu'elles se trouveront valoir de plus par la nouvelle prisée, que ne valaient celles qu'il a baillées, suivant la première prisée? Je ne crois pas qu'il doive avoir ce choix, mais plutôt que le nombre des bêtes qu'il a droit de prélever doit lui être fourni par les experts choisis pour faire la prisée et le partage du cheptel, lesquels ne doivent lui donner ni les meilleures ni les plus mauvaises, mais conserver l'égalité. Après cette délivrance, les parties doivent se faire respectivement raison de ce que la prisée des bêtes données pour le remplacement excéderait le prix de celles données par le bail, ou lui serait inférieure.

Lorsque le bailleur, pendant le cours du bail, s'est payé d'une partie du prix de son cheptel, par des prélèvemens qu'il a faits sur les profits du cheptel, il est évident que, lors du partage du cheptel, il ne doit plus prélever des bêtes que jusqu'à concurrence de ce qui lui reste dû sur le prix du cheptel; et s'il était ainsi payé du total, il n'aurait plus de prélèvement à faire.

Si, au contraire, au lieu de se payer sur les profits, il avait, à ses propres dépens, augmenté le cheptel, en fournissant de nouveaux bestiaux; en ce cas, il prélèverait, outre les bêtes qu'il a données par le bail à cheptel, celles qu'il a fournies depuis pendant le cours du bail.

La justice de l'usage de la province de Bourbonnais, sur la manière de procéder au partage du cheptel, tel que nous venons de le rapporter d'après Auroux, l'ayant fait prévaloir à une disposition de la Coutume de cette province, qui prescrivait une forme de partager différente, à plus forte raison doit-on l'adopter dans les provinces, telles que notre Sologne, où il n'y a ni loi ni usage bien certain qui ait établi une différente forme de partage.

SECTION II.

Des autres espèces de cheptels.

ARTICLE PREMIER.

Du cheptel à moitié.

56. Quoiqu'on m'ait assuré que le cheptel à moitié, dont nous allons traiter, n'était plus en usage dans le Berry, néanmoins cette espèce de cheptel pouvant avoir lieu dans d'autres provinces, et les Coutumes de Berry et de Nivernais en ayant traité, il est à propos d'exposer les principes de ces Coutumes sur cette espèce de cheptel.

57. Le cheptel à moitié est un vrai contrat de société de bestiaux, à laquelle chacune des parties contractantes fournit la moitié des bestiaux qui la doit composer, pour en retirer en commun le profit.

Par ce contrat, l'une des parties charge l'autre de la nourriture, de la garde et du gouvernement des bestiaux de leur société.

La partie, qui en charge l'autre, s'appelle *le bailleur;* celle, qui en est chargée, s'appelle *le preneur.*

58. Le preneur fournit à la société plus que le bailleur, puisqu'outre la moitié des bestiaux qu'il apporte de même que le bailleur, il fournit seul le logement, la nourriture et ses soins pour la garde des bestiaux : il en doit donc être récompensé. On lui laisse pour cela, 1° les graisses, c'est-à-dire le fumier, dont il profite seul pour fumer ses terres ; 2° tout le profit du laitage, c'est-à-dire le lait des brebis et des vaches, sauf celui qu'il leur doit laisser lorsqu'elles ont des agneaux ou des veaux à nourrir ; 3° les labeurs, c'est-à-dire qu'il peut se servir des bêtes à cornes et des chevaux pour labourer ses terres.

Ces espèces de profits étant la récompense de ce que le preneur apporte à la société de plus que le bailleur, on doit les laisser en entier au preneur ; et le bailleur ne peut, sans injustice, en exiger aucune part : il doit se contenter de partager par moitié avec le preneur, tous les autres profits qui proviennent des laines et des croîts.

Lorsque ce contrat intervient entre le propriétaire de l'héritage et le laboureur son métayer, le laboureur, en ce cas, ne fournissant, outre sa moitié du cheptel, que ses soins pour la garde des troupeaux qui le composent, lesquels se compensent avec les logis et les pâturages que le maître fournit de son côté, pour l'hébergement et la nourriture ; le profit des laitages n'est pas dû, en ce cas, en rigueur au fermier seul, et le propriétaire peut, sans blesser la justice, stipuler que le laboureur lui donnera une certaine quantité de fromages ou de livres de beurre, pour la part que le propriétaire de métairie doit avoir dans les laitages.

A l'égard des fumiers, étant employés à fumer les terres, dont les fruits se recueillent en commun par le maître et par le métayer, ils sont employés au profit commun des associés : il en est de même des labeurs des animaux qui sont employés à labourer les terres.

59. Par ce contrat, chacune des parties contracte envers l'autre l'obligation de garantie des bêtes qu'elle a apportées pour fournir sa part dans le fonds de la société, telle que la contractent les associés dans tous les autres contrats de société. C'est pourquoi, en cas d'éviction de quelques bêtes apportées à la société par l'un des associés, que des tiers, qui s'en sont dits propriétaires, et qui l'ont justifié, se sont fait délaisser, l'associé, qui les avait apportées, est tenu de les remplacer en d'autres bêtes de pareille valeur ; sinon, il est débiteur envers la société de la somme que valaient les bêtes dont la société a souffert l'éviction, et des intérêts ; et au partage de la société, il en doit faire raison à son associé. Voyez *notre Traité du Contrat de Société*, *n.* 113.

60. Le bailleur contracte, par le contrat de cheptel à moitié, de même que par le contrat de cheptel ordinaire, l'obligation de laisser jouir de tout le cheptel le preneur, à la charge que ce preneur en rendra compte pendant tout le temps que la société doit durer, sans que le bailleur puisse, pendant tout ce temps, retirer sa part, à moins que le preneur n'en mésusât.

61. Le preneur, de son côté, par le contrat de cheptel à moitié, contracte les mêmes obligations que par le contrat de cheptel ordinaire.

Il est tenu d'apporter le même soin au gouvernement du bétail; il est tenu de la même espèce de faute. Il est compris dans la défense qui est faite aux preneurs, par l'article 5 de la Coutume de Berry, de tirer des laines des bêtes avant la tonte.

62. Le preneur de cheptel à moitié est aussi compris dans la défense qui est faite aux preneurs par la Coutume de Berry, *art.* 7, de vendre aucune bête du cheptel sans le consentement du bailleur. Il est dit par cet article : « Les « preneurs ne peuvent vendre les bêtes par eux « prises à cheptel, *soit à moitié ou autrement*, « si ce n'est du vouloir et consentement exprès « du bailleur, etc. » Cela est conforme aux principes généraux du contrat de société, suivant lesquels un associé ne peut, sans le consentement de l'autre, disposer d'aucunes des choses communes, si ce n'est seulement pour la part qu'il y a : *Nemo ex sociis plus parte suâ potest alienare.* Le preneur, dans le cheptel à moitié, n'étant donc propriétaire que pour moitié de chacune des bêtes qui composent le cheptel, il ne peut disposer d'aucune pour le total, sans le consentement du bailleur. S'il le fait, la Coutume de Berry donne, par l'article 8, au bailleur, de même que dans le cas du cheptel simple, le droit de suite et de revendication des bêtes que le preneur a vendues. Mais comme, dans le cheptel à moitié, le bailleur n'est propriétaire que pour moitié de ces bêtes, il ne doit avoir la revendication de ces bêtes que pour la moitié qui lui en appartient.

63. A l'égard du temps de la durée du cheptel à moitié, lorsque le cheptel est un cheptel de métairie, soit que ce soit un cheptel simple, soit que ce soit un cheptel à moitié, par lequel le métoyer fournit la moitié des bestiaux, il doit avoir la même durée que celle du bail de la métairie dont il fait partie.

Lorsque le cheptel est fait par un bailleur étranger, ou le temps qu'il doit durer est réglé par le contrat, ou il ne l'est pas. Lorsqu'il est fixé par le contrat, le partage ne peut être exigé avant ce temps, de part ni d'autre; et il n'y a cet égard aucune différence entre le cheptel à moitié et le cheptel simple. Mais lorsque le temps n'est pas fixé par le contrat, ces cheptels diffèrent. En effet, dans le cheptel simple, lorsque le temps n'est pas fixé, le partage peut en être demandé par l'une ou par l'autre des parties au bout de trois ans, suivant l'article premier de la Coutume de Berry : au contraire, le partage du cheptel à moitié, lorsque le temps n'est pas fixé, ne peut, suivant l'article second, être demandé qu'au bout de cinq ans. Voici les termes de cet article : « Si lesdites bêtes ont été bail« lées à moitié, sera tenu le preneur les nourrir, « et persévérer audit contrat, sans pouvoir « exiger, c'est-à-dire, faire partage, l'espace et « temps de cinq ans entiers, lesquels finis, « pourra exiger et faire ledit partage, pourvu « que dedans quinzaine après lesdits cinq ans « finis, il somme et requière le bailleur de ce « faire : et autrement sera tenu, s'il plaît au « bailleur, les nourrir encore jusqu'à un an « après le bail fini, s'il n'y a convention au con« traire. »

Ragneau, en expliquant ces termes, *ont été baillées à moitié*, dit, « *Nempè*, quand le pre« neur fournit autant de chefs que le bailleur, « qui doivent être gardés et nourris par le pre« neur; » ce qui exprime le contrat de cheptel à moitié, tel que nous l'avons décrit au commencement de cet article.

Quoique la Coutume, dans la défense qu'elle fait par cet article, d'exiger le partage avant l'expiration des cinq ans, ne parle que du preneur, il y a néanmoins lieu de croire que le bailleur ne peut pas non plus, sans une juste cause, exiger le partage et dissoudre la société malgré le preneur, avant l'expiration de ce temps : il est de l'équité que la condition de chacune des parties soit égale à cet égard. C'est en ce sens que La Thaumassière a entendu cet article, en son commentaire sur ledit article.

La Coutume établit un tacite renouvellement de société qui doit durer un an, lorsque le partage de société n'a pas été demandé par l'une ou par l'autre des parties, dans la quinzaine depuis l'expiration des cinq ans : s'il n'est demandé qu'après l'expiration de la quinzaine, il est demandé à tard, et l'autre partie peut, *si bon lui semble,* n'y pas consentir, et prétendre le renouvellement de la société.

64. A cette différence près sur le temps au bout duquel le partage peut être demandé, lorsqu'il n'est pas réglé par le contrat, tout ce qui a été dit, dans la section précédente, du partage du cheptel simple, peut s'appliquer à celui du cheptel à moitié; sauf que, dans ce cheptel à moitié, le bailleur n'ayant fourni que sa part, il ne prélève pas, comme dans le cheptel simple, ce qu'il a apporté.

ARTICLE II.

Du cheptel de fer.

65. Le cheptel de fer est celui qui fait partie d'un bail de métairie, par lequel le bailleur donne à ferme sa métairie, avec les bestiaux dont elle est garnie, sous une estimation qui en est faite, à un fermier qui doit en avoir seul le profit pendant tout le temps du bail, qui s'oblige de laisser à la fin du bail une quantité de bestiaux d'une valeur égale à la somme à la-

quelle monte l'estimation de ceux qui lui ont été donnés lors du bail.

On appelle cette espèce de cheptel, *cheptel de fer*, ou *bêtes de fer*, parce que ce cheptel est attaché à la métairie; le fermier étant obligé de laisser dans le métairie, à la fin du bail, pour autant de bestiaux qu'il y en avait lors du bail qui lui a été fait.

66. C'est une question, si, par ce contrat, la propriété des bêtes est transférée au fermier, de manière que le seigneur de métairie ne soit que créancier de la quantité des bestiaux que le fermier doit laisser à la fin du bail. Pour l'affirmative, on peut dire que c'est une maxime de droit, que *œstimatio facit venditionem*; que, suivant cette maxime, l'estimation sous laquelle on donne au fermier les bêtes qui composent ce cheptel, renferme une espèce de vente qui lui est faite de ces bêtes: on peut alléguer la loi 3, ff. *locat.* qui dit: *Quùm fundus locatur, et æstimatum instrumentum colonus accipiat, Proculus ait id agi, ut instrumentum emptum habeat colonus, sicuti fieret quùm quid æstimatum in dotem daretur.* Or, dira-t-on, les bestiaux, qui sont dans une métairie, sont *instrumentum fundi*, étant donnés au fermier par le bail par estimation: cette estimation, aux termes de cette loi, renferme une vente qui en est faite au fermier, par laquelle la propriété en est transférée au fermier. Nonobstent ces raisons, La Thaumessière, liv. 4 de ses Décisions, *chap.* 20, tient la négative, et son opinion est la meilleure.

La maxime, *Æstimatio facit venditionem*, alléguée pour l'affirmative, souffre une distinction, qui se tire de la différence de la fin pour laquelle se fait le prisée. Lorsqu'elle se fait afin que celui, à qui une chose est donnée par estimation, puisse la retenir en payant l'estimation, et soit plutôt débiteur de l'estimation que de la chose même, c'est le cas auquel *œstimatio facit venditionem*; comme lorsque, chez les Romains, la femme donnait à son mari en dot une chose qui était, entre les parties, prisée à une certaine somme; *l.* 5, *Cod. de jur. dot.* Pareillement, dans l'espèce de la loi 3, ff. *locat.*, qui a été opposée, la chose servant à l'exploitation de l'héritage avait été, par le bail à ferme, donnée pour une certaine somme au fermier, dans la vue qu'il rendrait, à la fin du bail, cette somme au lieu de la chose; c'est le cas auquel *œstimatio facit venditionem.* Mais lorsque celui, à qui la chose est donnée par estimation, doit la rendre, et n'a pas le choix de la retenir en payant la somme qui a été estimée; lorsque l'estimation se fait, non afin que celui, qui reçoit la chose par estimation, puisse la retenir en payant l'estimation, mais afin de constater en quel état est la chose, lorsqu'il la reçoit, et de constater par ce moyen de combien elle se trouvera détériorée ou améliorée, comme dans l'espèce de la loi 2, *Cod. de jur. dot.*, on ne peut pas dire, en ce cas, que *œstimatio facit venditionem :* le prisée ne se fait pas, en ce cas, *venditione causâ*, mais *intertrimenti causâ*, pour connaître le déchet qui peut survenir sur la chose. Or, la prisée, qui se fait dans notre cheptel de fer, est en ce cas. Le fermier, à qui les bestiaux ont été donnés par estimation, n'a pas le droit de les emmener à la fin du bail, en offrant de payer la somme à laquelle ils ont été prisés lors du bail. Cela serait contraire à la nature de ce cheptel, qui n'est appelé *cheptel de fer* que parce qu'il est comme attaché à le métairie; et que les fermiers sont obligés, en sortant, de laisser un fonds de bestiaux de valeur égale à le prisée. La prisée ne se fait donc pas *venditionis causâ*; elle se fait seulement *intertrimenti causâ*, afin de pouvoir constater, par une nouvelle prisée qui s'en fera à la fin du bail, de combien le cheptel, qui lui a été donné par le bail, se trouvera alors ou diminué ou augmenté.

67. Lorsque la prisée, qui se fait à la fin du bail, ne monte pas plus haut que celle qui a été faite lors du bail, tout le cheptel doit rester dans la métairie, le fermier n'en peut rien emmener; et à plus forte raison, lorsque la nouvelle prisée ne monte qu'à une somme moindre: le fermier doit même, en ce cas, payer en argent au bailleur ce qui s'en manque, quand même la diminution du cheptel serait arrivée per des cas de force majeure, et sans sa faute; car devant avoir tout le profit, lorsqu'il y en a, il doit supporter le perte.

Lorsque la nouvelle prisée se trouve monter à une plus grande somme que celle qui a été faite lors du bail, il suffit au fermier de laisser dans la métairie des bestiaux jusqu'à concurrence du montant de la première prisée; il peut emmener le surplus, ce surplus étant un profit qui doit lui appartenir.

68. Le bailleur demeurant propriétaire du cheptel de fer qu'il a donné par estimation à son fermier, La Thaumassière, *liv.* 4, *chap.* 20 de ses Décisions, en conclut que les créanciers du bailleur peuvent le saisir et faire vendre par exécution, sans que le fermier puisse l'empêcher; sauf à lui son recours pour ses dommages et intérêts contre le bailleur. Il dit que c'est la jurisprudence du présidial de Bourges, et il en rapporte plusieurs sentences. L'auteur des notes sur les Décisions de La Thaumassière dit que la jurisprudence du présidial de Moulins est contraire, et qu'on y juge le fermier fondé à s'opposer à la saisie du cheptel, faite par les créanciers du bailleur, et à en demander la main-

levée, sauf auxdits créanciers à saisir et arrêter les fermes. Pour attester cette jurisprudence, il cite Auroux des Pommiers, commentateur de la Coutume de Bourbonnais : je n'ai rien trouvé de cela dans le Commentaire d'Auroux, sur le titre des cheptels. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence du présidial de Bourges me paraît plus conforme aux principes de droit. Le bail à ferme ne donnant au fermier qu'une simple créance personnelle contre le bailleur, pour qu'il soit tenu de le faire jouir de la chose qu'il lui a louée, et ne lui donnant aucun droit réel dans cette chose, comme nous l'avons vu en notre *Traité du Contrat de Louage*, *n.* 285; il s'ensuit que le fermier n'a qu'une créance personnelle contre le bailleur, pour le faire jouir du cheptel, et qu'il n'a aucun droit réel dans le cheptel, qui puisse servir de fondement à l'opposition à la saisie qui en est faite par les créanciers du bailleur, à qui le cheptel appartient.

Il est très certain que ce fermier ne pourrait empêcher les créanciers du bailleur de saisir réellement et de vendre la métairie qu'il tient à ferme. Par la même raison, il ne peut les empêcher de saisir et de vendre les bestiaux, puisque les bestiaux, comme la métairie, appartiennent au bailleur, et que le fermier n'a aucun droit réel dans les bestiaux, comme il n'en a point dans la métairie.

Tout ce que le fermier peut demander, lorsque le cheptel est saisi et vendu par les créanciers de son bailleur, est que s'il est vendu plus que la prisée qui en a été faite lors du bail, ce surplus du prix de la vente lui soit délivré ; car le bailleur ne s'est retenu la propriété du cheptel que jusqu'à concurrence du montant de la prisée : ce qui s'en trouve de plus, est un profit qui appartient au fermier, et qui lui a été cédé par le bail à cheptel; le prix de ce surplus doit donc lui appartenir.

Les créanciers ne peuvent, en ce cas, retenir sur ce surplus du prix qui appartient au fermier, aucune partie de leurs frais de saisie, de garnison et de vente; car n'ayant le droit de saisir que ce qui appartient à leur débiteur, ils doivent prendre tous ces frais sur la partie du prix de ce qui appartenait dans le cheptel au bailleur leur débiteur.

Le fermier, dans le cas auquel le cheptel est augmenté, peut aussi demander que les créanciers, qui l'ont saisi, en vendent les bêtes par détail, et faire cesser la vente lorsqu'il en aura été vendu pour le montant de la prisée ; car le surplus étant un profit qui appartient au fermier, les créanciers du bailleur n'ont pas droit de le vendre.

Le fermier peut aussi demander qu'il soit sursis à la vente des bêtes qui lui sont les plus nécessaires, jusqu'à ce que le surplus ait été vendu, et qu'elles ne soient vendues que dans le cas auquel la vente du surplus ne remplirait pas le montant de la prisée.

Sur le droit qu'ont les créanciers d'un bailleur, de saisir et vendre les bestiaux par lui donnés à cheptel, *voyez* ce que nous avons dit *suprà*, *n.* 33, dans le cas du cheptel ordinaire.

69. Le fermier devant avoir tout le profit du cheptel de fer, il peut vendre à son profit les croîts, sauf ce qui est nécessaire pour remplir les chefs qui sont morts, ou les bêtes qu'il faut vendre parce qu'elles sont trop vieilles : mais si, hors ce cas, il vendait les chefs et diminuait le fonds du cheptel, le bailleur aurait le droit de suite.

70. Il nous reste à justifier le cheptel de fer contre les casuistes qui le prétendent usuraire, lorsque le bailleur de la métairie et du cheptel afferme sa terre pour un prix plus fort qu'il ne l'affermerait si elle était sans bestiaux. L'auteur de la Théologie morale de Grenoble, *tom.* 1, *tit.* 4, *du prêt et de l'usage*, *chap.* 13, dit, *qu'il est sans difficulté* que le bailleur commet une usure, *puisqu'il prétend recevoir quelque chose en donnant du bétail, ce qui n'est qu'un pur prêt.*

Je ne vois aucune injustice dans ce contrat, ni rien qui ressemble à un prêt. Le contrat de prêt, *mutuum*, ne peut se faire que de choses qui se consomment par l'usage, telles que de l'argent, du blé, du vin, etc. ; du bétail n'en peut être la matière.

Je ne vois donc, dans ce contrat, rien autre chose qu'un contrat de louage d'une métairie embétaillée.

Si le bailleur afferme sa métairie embétaillée pour un prix plus cher qu'elle ne le serait si elle était dénuée de bétail, il n'y a rien en cela que de très juste : une métairie doit être d'autant plus affermée qu'elle est plus fructueuse. Or, il n'est pas douteux qu'une métairie bien embétaillée ne soit infiniment plus fructueuse que si elle était dénuée de bétail, puisque ce sont les engrais qui procurent aux terres la fécondité : il est donc très juste qu'elle soit affermée davantage.

La convention, par laquelle le fermier s'oblige à laisser à la fin du bail un fonds de bétail de même valeur que celui qu'il a trouvé, n'a rien aussi que de très équitable.

Un fonds de bétail est du nombre de ces choses *quæ ex naturâ suâ augmentum et detrimentum recipiunt*. Si le fonds de bétail se trouve à la fin du bail augmenté, l'augmentation appartiendra au fermier : il est donc juste que s'il y a de la diminution, ce soit lui qui la souffre. Cela est conforme aux premiers principes de l'équité : *Æquum*

est ut qui sentit lucrum, sentiat et damnum.

On oppose que toute l'augmentation, qui peut arriver dans le fonds du bétail, devant se compenser avec le risque de la perte qui peut arriver par la diminution dont le fermier se charge, on commet une injustice envers le fermier, en lui affermant la métairie plus cher que si elle n'était pas embétaillée; parce que par cet excédant de ferme, on lui fait payer en partie une seconde fois le prix de l'augmentation du bétail qu'il peut espérer, et qu'il a déjà payé par le risque de la diminution dont il est chargé.

Réponse. Indépendamment du profit que le fermier a lieu d'espérer de l'augmentation qui se fait par les croîts dans le fonds du cheptel, le fermier trouve encore un autre avantage très considérable d'avoir une métairie bien embétaillée; et cet avantage consiste, comme on l'a dit, en ce qu'une métairie bien embétaillée est infiniment plus fertile qu'une métairie dénuée des engrais nécessaires pour procurer aux terres la fécondité. En accordant que le fermier ait payé le profit des croîts par le risque des mortalités dont il se charge, il lui reste encore cet autre avantage qu'on ne peut pas dire qu'il ait payé, et pour raison duquel on peut avec justice lui affermer la métairie plus cher que si elle n'était pas embétaillée.

Il y a plus, à l'égard du bétail blanc : outre le profit des croîts qu'on veut bien compenser et regarder comme payé par le risque des mortalités dont le fermier se charge, le fermier ne tire-t-il pas encore un profit très considérable des laines? Ce profit, déduction faite du prix de ses soins pour la garde, peut encore avec justice entrer en considération pour l'augmentation de la ferme.

Je vais plus loin, et je dis, à l'égard du gros bétail, qu'il n'est pas indistinctement vrai que le profit des croîts doive être censé compensé et entièrement payé par le risque des mortalités dont le fermier se charge : cela ne doit être, qu'autant qu'il n'y aurait pas plus de profit à espérer des croîts, que de pertes à craindre par les mortalités. Mais si l'expérience apprend que le profit, qu'il y a à espérer par les croîts, est, suivant les différens pays, en proportion double et triple avec la perte qui est à craindre, la compensation du profit à espérer et de la perte à craindre ne doit se faire que jusqu'à due concurrence; et ce dont le profit à espérer excède la perte à craindre, est encore une raison légitime pour augmenter le prix de la ferme d'une métairie embétaillée.

ARTICLE III.

D'une autre espèce de cheptel.

71. Il y a une espèce de cheptel fort usitée dans notre vignoble d'Orléans. Un particulier donne une vache à un vigneron pour la loger et la nourrir : le bailleur conserve la propriété de sa vache, et elle est à ses risques. Il a le profit des veaux qui en naissent, et il cède au preneur, pour la récompense de la nourriture que le preneur fournit, et de ses soins, le profit du laitage, sauf de celui qui est nécessaire pour la nourriture du veau, depuis que la vache a vêlé, jusqu'à ce que le veau soit en âge d'être sevré. Il lui cède aussi le profit du fumier, à la charge par le preneur de se fournir à ses dépens de chaume pour faire la litière.

Ce contrat n'est pas un contrat de société : car il est de l'essence du contrat de société, que les parties contractantes mettent chacune quelque chose en commun, et qu'elles contractent dans la vue de faire un gain en commun; ce qui ne se trouve pas dans l'espèce de notre contrat. Les parties ne mettent rien en commun : elles n'ont pas pour objet de faire quelque gain en commun : elles n'ont rien à partager ensemble, le profit des veaux devant appartenir au bailleur seul, et celui des laitages et fumiers au preneur seul.

Ce contrat n'est pas non plus un contrat de louage, étant de l'essence du contrat de louage qu'il y ait une chose louée, et un loyer qui consiste en une somme d'argent, ou en une quotité des fruits de la chose louée, ce qui ne se trouve pas dans ce contrat-ci

Ce contrat ne peut donc être qu'un contrat innommé, de la classe de ceux *do ut facias*, par lequel le bailleur donne au preneur les profits du lait et des fumiers de sa vache, pour qu'il la nourrisse et en prenne soin.

72. Le bailleur, par ce contrat, contracte l'obligation de laisser jouir le preneur des profits de la vache, qu'il lui a cédés, et par conséquent de le laisser jouir de tout le lait de la vache, sauf de celui qui est nécessaire pour allaiter le veau depuis que la vache a vêlé, jusqu'à ce que le veau soit en état d'être sevré et vendu.

C'est pourquoi, aussitôt que le veau est en état d'être vendu, le bailleur est obligé de retirer le veau pour le vendre, à peine d'être tenu des dommages et intérêts du preneur, résultans de la privation du profit du lait, qu'il a pu souffrir pendant le temps que le bailleur a été en demeure de retirer son veau.

Le preneur, pour mettre le bailleur en demeure, doit l'assigner pour retirer le veau. L'âge auquel on estime qu'un veau est en état d'être vendu, est celui de quatre semaines au plus tard.

73. Lorsqu'il y a, par le contrat, un temps fixé pendant lequel la vache doit être chez le preneur, le bailleur est obligé de la lui laisser pendant tout ce temps; à moins que le bailleur ne fût en

état de justifier que le preneur en mésuse, et n'en a pas le soin qu'il en doit avoir, auquel cas il lui serait permis de la retirer avant le temps, ce qui est conforme aux règles du contrat de louage, que nous avons établies en notre Traité, n. 322 *et* 323.

Ordinairement, dans notre vignoble d'Orléans, il n'y a pas de temps fixé par le contrat pendant lequel la vache doive demeurer chez le preneur : en ce cas, le bailleur peut la retirer quand bon lui semble, pourvu néanmoins que ce soit *tempore opportuno*.

Ce ne serait pas retirer la vache *tempore opportuno*, si le bailleur voulait la retirer incontinent après qu'il a retiré le veau, étant juste que le preneur, qui a été privé du profit du laitage pendant le temps que la vache a nourri son veau, jouisse de la vache depuis qu'elle n'a plus de veau, pendant un temps suffisant pour se dédommager.

Ce ne serait pas non plus retirer la vache *tempore opportuno*, si le bailleur, qui a donné la vache à l'entrée de l'hiver, voulait la retirer dans le mois d'avril suivant.

Il ne serait pas juste que le preneur, après avoir nourri la vache pendant tout l'hiver, qui est le temps le plus dur, où la nourriture coûte beaucoup, et où les vaches produisent moins de lait, ne pût en jouir dès que le temps devient favorable. Il est, en ce cas, à l'arbitrage du juge de fixer un temps pendant lequel le bailleur laissera la vache au preneur, qui soit suffisant pour le dédommager de la charge qu'il en a eue pendant l'hiver.

74. Le preneur, de son côté, contracte par ce contrat l'obligation de nourrir la vache, et d'en avoir le même soin qu'un bon père de famille a des siennes. Si, faute par le preneur de satisfaire à cette obligation, la vache était détériorée, il serait tenu des dommages et intérêts du bailleur.

S'il survient, par cas fortuit, quelque maladie à la vache, le preneur en doit donner avis au bailleur; et s'il est besoin d'avoir recours à ceux qui se mêlent de la cure des maladies de ces animaux, le bailleur doit la faire traiter à ses dépens, le preneur ne s'obligeant qu'à fournir la nourriture ordinaire.

Le bailleur étant toujours censé, par ce contrat, se réserver le profit des veaux, le preneur est tenu de mener la vache au taureau pour l'empreigner lorsqu'elle est en chaleur.

75. Lorsque le temps, pendant lequel la vache doit être chez le preneur, est réglé par le contrat; de même qu'elle ne peut être retirée, elle ne peut pas non plus être rendue avant l'expiration de ce temps, que par le consentement réciproque des parties.

Néanmoins, si, avant l'expiration de ce temps, il survenait à la vache une maladie habituelle qui la privât de son lait, le preneur serait recevable à la rendre avant l'expiration du temps : car ne s'étant chargé de la nourriture de la vache que pour avoir le profit de son lait, il ne serait pas équitable que ne pouvant plus avoir ce profit, il continuât de supporter la charge.

76. Quoiqu'il n'y ait pas de temps fixé par le contrat, de même que le bailleur ne peut retirer la vache, si ce n'est *tempore opportuno*, de même le preneur n'est pas recevable à la rendre, si ce n'est *tempore opportuno*.

Ce ne serait pas la rendre *tempore opportuno*, si le preneur offrait de la rendre lorsqu'elle est prête à vêler : car le profit du lait ne lui étant accordé par le contrat, qu'à la charge que celui qui serait nécessaire pour la nourriture du veau, en serait excepté, il ne serait pas juste qu'il pût, après avoir joui de ce profit, se soustraire à la charge, en rendant le veau lorsque la vache est prête à vêler.

Ce ne serait pas non plus la rendre *tempore opportuno*, si la vache lui ayant été donnée au commencement du printemps, après en avoir joui pendant tout le beau temps, il attendait à l'hiver pour la rendre.

77. Quoique ordinairement, par ce contrat, la vache soit entièrement aux risques du bailleur qui en demeure le propriétaire, et qui a le profit entier des veaux, néanmoins j'ai vu quelque exemple de convention par laquelle on accordait au preneur la moitié du profit des veaux; et on le chargeait en conséquence pour moitié du risque des cas fortuits qui pourraient causer la perte de la vache. Je ne trouve rien que de très équitable dans cette convention. La moitié dans le profit des veaux, que le preneur n'aurait pas sans cela, est un prix suffisant du risque de la moitié de la perte de la vache dont on le charge, surtout lorsque la vache, à l'égard de laquelle la convention intervient, est une jeune vache, bien vigoureuse, qui promet une longue vie, et un grand nombre de veaux. Cette convention serait inique, si elle intervenait à l'égard d'une vieille vache.

FIN DU TRAITÉ DES CHEPTELS.

TABLE

DES MATIÈRES CONTENUES DANS CE VOLUME.

TRAITÉ DES RETRAITS.

PREMIÈRE PARTIE.

SECONDE PARTIE.

TRAITÉ DU CONTRAT DE BAIL A RENTE.

TRAITÉ

DU

CONTRAT DE CONSTITUTION DE RENTE.

TRAITÉ DU CONTRAT DE CHANGE.

PREMIÈRE PARTIE.

SECONDE PARTIE.

TRAITÉ DU CONTRAT DE LOUAGE.

PREMIÈRE PARTIE.

SECONDE PARTIE.

CHAPITRE II.

CHAPITRE III.

TROISIÈME PARTIE.

CHAPITRE PREMIER.

CHAPITRE II.

QUATRIÈME PARTIE.

CINQUIÈME PARTIE.

SIXIÈME PARTIE.

SEPTIÈME PARTIE.

APPENDICE

AU TRAITÉ DU CONTRAT DE LOUAGE.

TRAITÉ DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ.

CHAPITRE IV.

CHAPITRE V.

CHAPITRE VI.

CHAPITRE VII.

CHAPITRE VIII.

CHAPITRE IX.

PREMIER APPENDICE.

SECOND APPENDICE.

TRAITÉ DES CHEPTELS.

FIN DE LA TABLE DU SECOND VOLUME.





